

**ACTAS DEL DÉCIMO CONGRESO
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
LIMA 2016**

Volumen 41 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Actas del Décimo Congreso
Internacional de Arbitraje
Lima 2016**

**CENTRO DE
ARBITRAJE**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ACTAS DEL DÉCIMO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
LIMA 2016**

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

Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú

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

estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro

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

www.consensos.pucp.edu.pe

Primera edición, abril 2017

Tiraje: 500 ejemplares

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

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

Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2017-05153

ISBN: 978-612-46837-9-4

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del Editor	11
1. Introducción	13
1.1. <i>Palabras de presentación de Rigoberto Zúñiga</i>	
1.2. <i>Palabras inaugurales del doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i>	
2. Primer panel: Supuestos de infracción ética de los árbitros en la Ley n.º 30225	19
<i>Rigoberto Zúñiga</i>	
<i>Mariela Guerinoni Romero</i>	
<i>Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio</i>	
<i>Walter Albán Peralta</i>	
<i>César Guzmán-Barrón</i>	
<i>Fausto Viale Salazar</i>	
3. Homenaje al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla	51
4. Segundo panel: El equilibrio económico financiero del contrato como materia arbitral en la Ley n.º 30225	59
<i>Ricardo Rodríguez Ardiles</i>	
<i>Carlos López Avilés</i>	
<i>Elvira Martínez Coco</i>	
<i>Enrique Ferrando Gamarra</i>	
5. Tercer panel: Problemática de la ejecución de los laudos en los arbitrajes con el Estado	93
<i>Derik Latorre Boza</i>	

Gonzalo García-Calderón Moreyra
Julio Martín Wong Abad
Ricardo Gandolfo Cortés

6. Cuarto panel: Aplicación de la junta de resolución de disputas en la solución de controversias de obra 121
Eric Franco Regjo
Alex Wagemann Farfán
Alexander Campos Medina
Eduardo Sanhueza Gómez

7. Quinto panel: Gestión de las actuaciones arbitrales desde la perspectiva de la secretaría arbitral 157
Álvaro Aguilar Ojeda
Silvia Rodríguez Vásquez
Roger Rubio Guerrero
Juan Carlos Mejía Mediavilla
Rafael Bernal Gutiérrez
Gustavo Bayona MacPherson

8. Sexto panel: Fortalezas y debilidades del arbitraje institucional en las regiones del Perú 193
José Luis Rojas Alcócer
Fabiola Paulet Monteagudo
Silvia Campana Zegarra
Ludovina Villanueva Núñez
Gustavo Bayona MacPherson

9. Séptimo panel: Problemática en torno a la designación reiterativa de árbitros 219
Rigoberto Zúñiga Maraví
Claudia Paccieri Rojas
Mario Castillo Freyre
Franz Kundmüller Caminiti

10. Octavo panel: Consideraciones sobre la motivación como
causal de anulación de laudos 249
Manuel Villa-García Noriega
Mauricio Raffo La Rosa
Fernando Cantuarias Salaverry
Horacio Andaluz Vegacenteno
11. Noveno panel: Influencia de la psicología en las decisiones
del tribunal arbitral 291
Marlene Anchante Rullé
Irma Rivea Ramírez
Ricardo León Pastor
Alfredo Bullard González
12. Palabras de clausura del doctor César Guzmán-Barrón
Sobrevilla 319

NOTA DEL EDITOR

En septiembre del año 2016 se desarrolló el Décimo Congreso Internacional de Arbitraje organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Este aniversario fue muy significativo, en la medida de que se pudo constatar el incesante progreso de este evento, que no es sino el reflejo de la creciente y muy notable presencia del Centro de Arbitraje de la PUCP en el medio jurídico peruano.

La ocasión, también sirvió para rendir homenaje al doctor César Guzmán Barrón Sobrevilla, profesor principal de nuestra casa de estudios y quien fuera director del centro por más de diecisiete años, a la par que su principal y exitoso propulsor.

César Guzmán Barrón ha dejado la dirección del Centro de Arbitraje, la misma que ha pasado a manos de la doctora Marlene Anchante Rullé, quien acompañó a César en todos estos años como subdirectora del centro y a quien le deseamos los mayores éxitos.

Lima, enero del 2017
Mario Castillo Freyre*

* Mario Castillo Freyre, magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones 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. INTRODUCCIÓN

1.1 Palabras de presentación de Rigoberto Zúñiga

Buenas tardes con todos los presentes; queremos darles la bienvenida al Décimo Congreso Internacional de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Para nosotros es, realmente, muy satisfactorio convocarlos en la décima edición de nuestro congreso, ya son de diez años de un esfuerzo por traerles este foro académico de manera ininterrumpida y nos complace tenerlos el día de hoy que damos por inaugurado este gran evento.

Para empezar con nuestro congreso, llamo al estrado al doctor César Guzmán-Barrón para que pueda dar las palabras de bienvenida al público aquí presente.

1.2 Palabras inaugurales del doctor César Guzmán-Barrón Sobre- villa

Bueno, amigos y amigas, para nosotros es una satisfacción nuevamente estar en esta casa, que es la casa de todos y de todas. Sé que, además, hay una lista de personas que están en este momento inscribiéndose, con lo cual iremos integrando quienes vamos a participar en este desafío.

Cuando empezamos a darle un título a este congreso, nos propusimos uno de gran significado, «Balances, desafíos y perspectivas de un modelo en permanente crecimiento». Nosotros confiamos en que a lo

largo de este congreso podamos, en efecto, verificar que estamos en el caso peruano ante un modelo en permanente crecimiento.

Definitivamente, en América Latina, somos el país que más arbitrajes lleva adelante. Ayer estábamos reunidos con algunos amigos de otros países, en particular, de Bolivia y se quedaban extrañados de que cada secretario arbitral en nuestro centro lleva cuarenta casos y tenemos, en este momento, catorce secretarios arbitrales.

Cuando nosotros comenzábamos, teníamos dos secretarios arbitrales y nueve casos, es decir, el crecimiento ha sido exponencial en nuestro país, no solamente en el centro nuestro y, por eso, creemos que siempre es bueno cada año hacer una pequeña parada para ver cómo vamos, cómo vamos en el Perú, no sólo cómo vamos en nuestro centro, qué desafíos y qué perspectivas se presentan.

A lo largo del año que ha pasado, hemos tenido ya, finalmente, a principios de año, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que ha establecido un conjunto de regulaciones, buenas o malas, adaptables a la realidad o no; será uno de los temas que estaremos conversando en estos días; pero hoy cumplimos diez años en este afán y con mucha satisfacción, diría yo, iniciamos la décima edición de nuestro Congreso Internacional de Arbitraje.

Cuando bajaba a saludar un momento, uno de ustedes me dijo algo que, realmente, me generó una gran satisfacción, «vengo a este congreso porque aquí siempre se aprende y aquí siempre se comparte», esperamos que así sea.

Este congreso se presenta, por tanto, en un contexto muy especial que creo que todos conocemos y se ha convertido, de alguna manera, nuestro congreso en una expresión tradicional de lo que en el fondo es el principal —y así esperamos que sea— un foro académico, no solamente un foro en *network*, donde me encuentro con otros árbitros para

ver si me dan casos, sino más bien un foro donde, realmente, miro por dentro cómo está el arbitraje en nuestro país y cómo puedo desde allí desarrollarme en esta especialidad.

Esto nos llena de satisfacción, toda vez que siempre hemos afirmado que ser parte de la Universidad Católica trae consigo de manera natural un compromiso con la actividad académica. Este centro por eso no forma parte de una cámara, no forma parte de una institución gremial, forma parte de una universidad, de una universidad que a Dios gracias ha logrado —y esto no podemos dejar de mencionarlo y con plena satisfacción— el pleno acuerdo de las relaciones con la Iglesia Católica.

La investigación jurídica no queda atrás. Recibiremos a fines de este congreso, es decir, este viernes, la sexta edición de nuestra Revista de Arbitraje PUCP, que será una edición gratuita, como siempre, para todos ustedes.

Los objetivos que nosotros buscamos siempre serán llevar a través de nuestros congresos el rigor académico y profesional y el enriquecimiento conceptual de aquellos temas que vamos a tratar en estos días. No solamente se trata de un sustento empírico, sino de un sustento académico y por eso es que creemos que nuestro congreso —y con mucho orgullo lo decimos— es un congreso básicamente académico.

De ahí la incorporación de temas vinculados a situaciones un poco novedosas. En este año, por ejemplo, trataremos por primera vez, el arbitraje en nuestras regiones, cómo vamos en nuestras regiones, cómo se lleva el arbitraje en Huancayo, en el Cusco, en Arequipa, etc.; porque hay problemas allí, hay situaciones allá que es bueno también escuchar, porque estamos hablando del arbitraje de nuestro país, no solamente del arbitraje de Lima.

De ahí también que a raíz, precisamente, de estas nuevas normas que ha sacado el Gobierno, a través del Reglamento de la Ley de Con-

trataciones del Estado, tendremos oportunidad de escuchar desde su propia visión, el papel y el rol que cumplen las secretarías arbitrales, que en nuestro país cumplen una misión, probablemente mucho más comprometida, que en otros países. Ayer comentábamos con algunos árbitros que han venido de fuera, que allá los árbitros manejan prácticamente todo, en el Perú, los secretarios arbitrales, a la inversa, manejan casi todo, los árbitros sí tienen una función muy importante sustantiva, pero un poco como que las situaciones van variando en el tiempo y por eso es que es interesante escuchar la perspectiva de qué hacen los secretarios arbitrales, pero no solamente desde el Perú, por eso vendrá el director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, el director durante años del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, quienes nos contarán —desde su perspectiva— cuál es este papel del secretario arbitral, para un poco mirar otros espacios y mirarnos a nosotros mismos.

Esperamos y confiamos que todo este programa que no lo voy a desarrollar, no se trata de eso, esté conforme a aquellas expectativas que ustedes se han forjado al venir aquí.

Yo quiero terminar señalando un agradecimiento a cada uno de ustedes y a cada una de ustedes, por su presencia, por decidir venir tres días para poder compartir juntos este proyecto y esta aventura de hacer arbitraje en el Perú. Gracias al personal del centro que, durante estas últimas semanas ha estado detrás para poder organizar este evento. Gracias también a un grupo de amigos, yo les llamaré siempre amigos, con quienes hemos ido elaborando el programa, con quienes hemos ido desarrollando este proyecto desde noviembre del año pasado, para poder hablar del arbitraje, para poder hablar de sus desafíos, para poder hablar de sus perspectivas.

Amigos, estamos seguros de que a quienes también tenemos que agradecer en forma muy especial, es a los expositores, que hoy día van a tener ya la primera mesa y van a ser debidamente presentados. Ahí me

voy a incorporar, sin duda será la única vez en que me voy a incorporar, no se preocupen, para poder colaborar un poco con nuestra opinión desde el centro sobre este tema de la ética y esperamos que nuestra universidad, que tiene como principal objetivo ser academia, ser ética y ser honesta a toda prueba, continúe en este proceso de llevar adelante el arbitraje en el Perú de una manera distinta, de una manera en la cual ustedes se sientan absolutamente confiados de acudir al arbitraje en nuestro querido país.

Bienvenidos sean, bienvenidos sea un arbitraje ético, bienvenido sea el arbitraje en nuestra casa de estudios.

Muchas gracias.

2. PRIMER PANEL: SUPUESTOS DE INFRACCIÓN ÉTICA DE LOS ÁRBITROS EN LA LEY N.º 30225

Mariela Guerinoni Romero (moderadora)

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio (ponente)

Walter Albán Peralta (ponente)

César Guzmán-Barrón Sobrevilla (ponente)

Fausto Viale Salazar (ponente)

Palabras de presentación del panel, de Rigoberto Zúñiga

Bien, para dar inicio a nuestro congreso, vamos a tocar como primer tema lo relativo a los supuestos de infracción ética de los árbitros en la Ley n.º 30225, la nueva Ley de Contrataciones del Estado.

Brevemente, para comentar el tema, éste nos llamó la atención porque consideramos a la ética y a los valores éticos de independencia e imparcialidad y el deber de revelación como deber instrumental de estos dos primeros, fundamentales en el arbitraje de contratación pública, habida cuenta de la problemática que se vive al día de hoy; pero nos planteamos algunas reflexiones que el panel va a atender con mucha minuciosidad, ¿existe una adecuada regulación de estos valores en el reglamento y en el Código de Ética de la Ley de Contrataciones del Estado?, ¿se ha equilibrado de forma adecuada, o se ha relacionado lo que son esas infracciones éticas con los supuestos que ameritan una recusación fundada?, ¿se han delineado bien, acaso, las competencias sobre quién debe sancionar y en qué supuestos en el arbitraje institucional, por ejemplo? Entonces, toda esa problemática de la aplicación del Código de Ética que sale a la luz de la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, será atendida por el panel que a continuación vamos a presentar.

Intervención de Mariela Guerinoni Romero

*Mariela Guerinoni Romero**

En primer lugar, mi agradecimiento al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a través de su director, el doctor César Guzmán-Barrón y, además, felicitar a esta casa de estudios por la décima edición del Congreso Internacional de Arbitraje que, sin duda, constituye un evento de asistencia obligatoria y un referente para todos los que estamos interesados en el sistema arbitral.

En general, el tema ético es un asunto de gran relevancia en el arbitraje. En efecto, en el arbitraje no aplica el principio de doble instancia. Lo que se decide en el arbitraje es irrevisable, por consiguiente, los valores éticos de los árbitros adquieren una importancia fundamental; la independencia e imparcialidad en el caso de los árbitros constituyen principios rectores de su función jurisdiccional.

Del estricto cumplimiento de los deberes éticos, depende que los árbitros sean realmente imparciales, independientes y diligentes, única manera de preservar la legitimidad y credibilidad en el sistema arbitral, como uno de los mecanismos más adecuados y eficientes para la resolución de conflictos y única manera, también, de que el árbitro genere, pero sobre todo, mantenga, su prestigio en el mercado.

Este asunto es de particular relevancia en el arbitraje en el que participa el Estado, dentro del marco de la normativa de contratación esta-

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresada de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico de la PUCP. Egresada de la Maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos por la UPC. Exdirectora de Arbitraje Administrativo del OSCE, experta en resolución de conflictos, contrataciones del Estado y gestión de contingencias legales. Se desempeña como árbitro en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, en OSCE y en otros centros prestigiosos del país. Es conciliadora extrajudicial acreditada por el Minjus.

tal que, como todos sabemos, desde el año 1998 estableció al arbitraje como jurisdicción obligatoria para resolver las controversias derivadas de los contratos provenientes de licitaciones públicas y concursos públicos; lo que en el año 2000, se extendió a los contratos de todos los procesos de selección sin distinción.

Esta decisión política, única a nivel internacional, de establecer una suerte de arbitraje obligatorio, ha traído como consecuencia, y lo ha mencionado el doctor Guzmán-Barrón, un crecimiento exponencial de los arbitrajes en nuestro país y su uso masivo, como no podía ser de otra manera, ha generado, especialmente, en los últimos años, una constante preocupación respecto de los valores éticos de los árbitros a quienes se les encarga resolver las controversias. Tengamos en cuenta que el tema ético está íntimamente relacionado con el problema de la corrupción, generando repercusiones legales y morales.

Ya en el año 2008, el entonces Consucode, aprobó, mediante resolución de su presidencia ejecutiva, un primer Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado. Se establecieron ciertos principios y también se tipificaron determinadas situaciones, fundamentalmente vinculadas a la independencia de los árbitros, que el árbitro designado tenía la obligación de revelar al momento de su designación o hasta la conclusión definitiva del proceso arbitral. También este código estableció sanciones contra los árbitros en caso de incumplimiento, siendo el órgano encargado de sancionarlo, aunque no lo mencionaba el código, el Tribunal de Contrataciones del Estado, que era el único órgano con potestad sancionadora, de acuerdo a la normativa de contratación estatal.

Este código, que no era un mal código, fue en la práctica inaplicable, al tratarse de una disposición aprobada a través de una norma con rango infralegal, que contravenía el principio de legalidad y el principio de tipicidad, por los cuales sólo constituyen conductas sancionables las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley. De

esta forma, a pesar de las buenas intenciones, este código fue —como decimos coloquialmente— «letra muerta».

Fue en el año 2012 que el tema ético generó especial preocupación por parte de las autoridades del gobierno de turno. Recordemos que, en ese año, el gobierno realizó su primera reforma a la normativa de contratación estatal, en la que incluso se llegó a regular un cuestionado procedimiento administrativo sancionador contra los árbitros que, para beneplácito de todos, ha sido derogado. Se trataba de un régimen persecutorio, cuasi inquisidor contra los árbitros, quienes incluso estaban sometidos a escrutinio y, por tanto, a un potencial procedimiento sancionador a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado, si, por ejemplo, no explicaban las razones por las que se apartaban del orden de prelación normativa al resolver las controversias.

Es decir, a nivel administrativo era posible cuestionar los fundamentos de los árbitros, lo cual era inaceptable. También podían ser sancionados administrativamente por recusaciones fundadas, improcedentes e, incluso, por renunciaciones ante recusaciones y también por no registrar el laudo en el Seace. Realmente, el Estado se fue al otro extremo.

Sin embargo, también en esta primera reforma se estableció que el OSCE aprobaría un código de ética que sería aplicable al arbitraje institucional que el OSCE administra, que no es otro que el Sistema Nacional de Arbitraje, o el conocido como el SNA OSCE. También sería aplicable a los arbitrajes *ad-hoc*, lo cual fue realmente un aporte muy positivo de la norma y, supletoriamente también, a los arbitrajes institucionales por parte de las instituciones arbitrales.

Este código de ética se aprobó cuatro años después, en enero del presente año, dentro del marco de la Ley n.º 30225, que es la nueva Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.º 350-2015-EF. Explicamos esta falta de apuro por aprobar el código en el hecho de la existencia del procedimiento sancionador contra los árbitros.

Lo cierto es que, actualmente y desde hace ocho meses, contamos con un Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado legalmente viable y vigente; sin embargo, como nada es perfecto, a pesar del tiempo transcurrido, aún no contamos con el Consejo de Ética que, precisamente, es la autoridad competente para conocer y resolver las infracciones éticas que cometen los árbitros por aplicación del código.

Entonces, si bien vemos que desde el año 2012 existe por parte del Estado una preocupación evidente por el tema ético en el arbitraje, vemos también que el propio Estado demora o no termina de implementar los mecanismos que él mismo ha previsto.

¿Está condenado el nuevo código a ser «letra muerta»? Consideramos que no. Por lo menos en el arbitraje institucional, en la medida en que las instituciones arbitrales acreditadas por el OSCE, deberán aplicarlo, en el caso que sus códigos de ética no prevean las infracciones y sanciones contenidas en el código aprobado. Su aplicación, entonces, está garantizada.

El riesgo lo encontramos en los arbitrajes *ad-hoc* que, salvo honorables excepciones, por supuesto, constituyen el principal tema de preocupación en los arbitrajes en los que el Estado es parte. Sin conformación del Consejo de Ética, no existe autoridad que pueda sancionar a los árbitros por faltas éticas en el arbitraje *ad-hoc*.

Señalamos al inicio que la independencia e imparcialidad son principios rectores del arbitraje; de estos principios se derivan deberes éticos de ineludible cumplimiento. El primero de ellos, el deber de revelación, relacionado, fundamentalmente, con situaciones de conflicto de interés y designaciones reiteradas, cuyo referente más cercano y más utilizado son las reglas de la *International Bar Association*, que son conocidas como las reglas IBA para el arbitraje comercial internacional y que constituyen una guía muy útil para identificar este tipo de situaciones.

También tenemos otros deberes éticos, el deber de confidencialidad, el deber de diligencia, el deber de intermediación, entre otros. Sin embargo, advertimos que en el código aprobado existen otros tipos de deberes, cuyo incumplimiento se tipifica como infracción ética, cuando en realidad, se trataría de deberes u obligaciones legales como, por ejemplo, registrar el laudo en el SEACE, verificar que el secretario arbitral esté registrado en el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales, custodiar expedientes, etc.

Temas como éstos trataremos esta tarde, así como otros aspectos relacionados con la aplicación del Código de Ética como, por ejemplo, el paralelismo de las infracciones éticas con la recusación, el rol de las instituciones arbitrales, el Consejo de Ética, entre otros.

Para ello, me honro en presidir un panel realmente de lujo, cuyos integrantes ya han sido presentados y empezaremos, sin más, con el doctor Paolo del Águila.

Intervención de Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio

*Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio**

Mariela Guerinoni Romero: Paolo, existen situaciones incluidas en el código que el árbitro está obligado a revelar; sin embargo, algunas situaciones deberían conllevar no a revelar, sino a no aceptar el caso, o a renunciar si la situación se presenta cuando el arbitraje se encuentra

* Abogado con estudios de Maestría en Derecho con mención en derecho de la competencia y de la protección de la propiedad intelectual por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con un postgrado en derecho de la competencia en la Universidad de Salamanca. Actualmente, es miembro de la Comisión de Procedimientos Concursales, sede Lima Norte del Indecopi. Adicionalmente, se desempeña como árbitro y consultor en materia de derecho comercial, concursal, contrataciones públicas y arbitraje. Asimismo, es profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y otras universidades en pregrado y postgrado.

en giro. Algunos ejemplos: existencia de identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una parte en el arbitraje; otro ejemplo, el árbitro es o ha sido gerente, administrador, directivo, funcionario o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje; tercer ejemplo, el árbitro tiene o ha tenido un interés económico en una de las partes o en el resultado del arbitraje.

Me gustaría saber qué opinas al respecto. Se pensó en algún momento establecer situaciones que, de presentarse, impliquen desde el primer momento la no aceptación del árbitro, o su renuncia al caso, algo parecido a cómo se tratan los supuestos que están contenidos en la lista roja irrenunciable de las Reglas IBA.

Sobre este punto, me pongo en el caso de que el árbitro revele situaciones de evidente conflicto de interés y las partes no lo objetan, ¿qué hacer en esos casos?

Por último, desde tu punto de vista, ¿el no registrar el laudo en el Seace constituye una falta ética? En tu opinión, ¿no se le ha asignado al árbitro una función meramente operativa que, en rigor, le debería corresponder a las entidades y, por lo tanto, es un exceso que este supuesto se tipifique como falta ética, cuando en realidad, se trataría de una obligación legal?

Como autor del Código de Ética aprobado, te pido que por favor nos contestes esas preguntas y te damos diez minutos.

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio: Bueno, primero, te agradezco Mariela las veintiocho preguntas en un minuto, agradezco a César la invitación, agradezco a mis colegas panelistas por estar en este panel tan simpático y tan interesante, y hago una nota a pie de página, yo presenté un proyecto, proyecto de código de ética, a raíz de un pedido que me hicieron en OSCE de trabajar esto, pero como pasa siempre, el consultor presenta un proyecto y lo que sacan es otra cosa.

De hecho, como les decía, yo tengo mi cargo de presentación como prueba fehaciente de que no necesariamente lo que está, es lo que yo puse.

Bueno, rápidamente, antes de responder las preguntas que me planteas, Mariela, que, de hecho, son recontra interesantes, primero decir que este código que, definitivamente, es mejor que el código del 2008 —de eso no tengo la menor duda— tiene tres partes bien marcadas.

Un poco para los que no están familiarizados con este código relativamente nuevo de enero del 2016 —vale la pena decirlo— una parte principista o de principios, donde a mi juicio pudo haber quedado perfectamente con dos grandes principios que son los que irradian la función arbitral, que son los principios de imparcialidad e independencia. De hecho, este código abona otros principios, yo creo no necesarios; algunos que se subsumen en la independencia, o se subsumen en la imparcialidad; y otros principios bastante peculiares, por no decir esotéricos, como el principio de transparencia, que es tu pregunta veintisiete que va a ser respondida.

Por otro lado, hay una segunda parte del Código de Ética, que me parece la mejor —no voy a decir que es, justamente, la que dejaron—, pero me parece que está clara, que son propiamente reglas de conducta y que tienen tres grandes ítems, qué es lo que debe hacer el árbitro antes y durante su función arbitral, antes de que me designen cuál es el razonamiento o la reflexión que tengo que hacer antes de aceptar el nombramiento y, luego, durante el ejercicio de mi cargo, cómo me debo comportar; reglas de conducta. Lo segundo, el deber de revelación, que es fundamental, porque justamente es la manera que tengo yo como árbitro de transmitir a las partes aquellas situaciones que, desde el punto de vista de las partes, podrían ocasionarles dudas justificadas acerca de mi imparcialidad y de mi independencia. Y, tercero, los casos de conflictos de intereses, que es un tema, de hecho, no solamente las directivas IBA, si uno ve los códigos de ética nacionales o foráneos, es un tema estrictamente casuístico.

Ahí comienza el primer error grueso de este código, que lo casuístico lo convierte, en algunos casos, como *numerus clausus* y termina regulando de una manera desordenada, poniendo infracciones por tipo de principios. De hecho, en el proyecto, y eso se los cuento, justamente se regulaba esta parte de conflictos de interés, a través de lo que son las directivas de la IBA, que establecen tres semáforos —por decirlo de alguna manera—, un semáforo rojo, donde tú puedes tener casos de conflictos de intereses donde son irrenunciables y, por tanto, tú como árbitro, si te proponen, definitivamente no puedes aceptar, porque es una causal totalmente irrenunciable; una segunda posición dentro del semáforo rojo, que son los casos de la lista roja renunciable, donde si bien son situaciones que podrían ser serias, cabe la posibilidad de que aceptes y que las partes te dispensen.

Un segundo color, que es el semáforo naranja, que es lo que llamamos «situaciones grises», donde no es blanco ni negro, sino son situaciones donde podría o no haber un conflicto de interés y una vulneración al principio de imparcialidad o independencia y ahí, piénsalo mucho antes de aceptar y, si tienes dudas, revela, porque siempre ante la duda, es mejor revelar.

Y, finalmente, la tercera luz de las directivas IBA, que es el semáforo verde, que son situaciones realmente que no ameritan ningún tipo de discusión o tela de juicio a la imparcialidad o independencia del árbitro y, por lo tanto, puedes aceptar sin ningún tipo de inconveniente.

Esto, que hubiese sido lo ideal que estuviese plasmado como tres semáforos, rojo, naranja, verde, a manera informativa, a manera enunciativa en el Código de Ética de OSCE, no ha sido así. Entonces, ya esta segunda parte tiene este error.

La tercera parte, decíamos que la primera son los principios; la segunda, las reglas de conducta de la función del árbitro; y la tercera es el *enforcement*, básicamente queremos un código que tenga dientes. Los

códigos de ética, y eso algunas veces sucede, pueden tener muy bonitos principios, pero si no hay dientes para morder al árbitro que se porta mal, no sirven de mucho. De hecho, este código ha buscado tener dientes a través del llamado Consejo de Ética y ha tratado de poner, como decía hace un minuto, supuestos de infracción vinculados a los principios éticos regulados en el mismo código.

Pero acá hay una serie de problemas, creo que es la parte más problemática del Código de Ética. Primer problema, está sobrerregulado, de hecho, si uno se da cuenta, diez de las dieciséis páginas del Código de Ética, tratan de esta sección: del Consejo de Ética. Luego, pide que los consejeros sean abogados y ése es un gran problema, porque la gran cantidad de abogados va a tener conflictos de intereses al momento de resolver algún tipo de casos, porque justamente son los abogados y estudios de abogados quienes en el 90% ó 95% de los casos arbitrales están comprometidos en la función arbitral, ya sea como árbitros o, incluso, como asesores legales.

De hecho, esto también llama la atención, porque si tú vas a aplicar principios éticos, no necesitas ser abogado, los ingenieros, médicos y psicólogos también tienen ética; entonces, me parecen bien —para ser elegante— bien poco razonable que solamente tengan que ser abogados los consejeros de este comité o consejo ético y, además, lo llena de requisitos adicionales bastante complicados. Además, establece un *numerus clausus*, porque no dice enunciativamente, dice «éstas son las infracciones a tomar en cuenta», establece una tabulación de sanciones, para medir las sanciones, poco objetiva, termina siendo, en algunos casos, hasta tautológico, y esto me causó bastante atención.

Fíjense, por ejemplo —lo leo muy rápido—, cuando señala los supuestos de infracción ética, sancionables por el código, respecto del principio de imparcialidad, dice lo siguiente: «Constituye supuesto de infracción a este principio el incumplimiento o inobservancia del siguiente deber ético: revelar al momento de su aceptación al cargo o de modo

sobreviniente, todo hecho o circunstancia que pudiese generar a las partes, dudas justificadas sobre su imparcialidad»; es decir, constituye —re-pito— un supuesto de infracción al principio de imparcialidad el revelar al momento de la aceptación todo hecho o circunstancia que pudiese revelar a las partes, duda justificada sobre su imparcialidad, es tautológico.

Y lo último, en relación a esto, si uno empieza a revisar esta lista, los supuestos de infracción que trae el código de ética, va a encontrar que dentro de la misma lista, hay supuestos de la lista roja irrenunciable de la IBA, hay supuestos de la lista roja renunciante de la IBA y hay supuestos de la lista naranja, que son situaciones grises, también de la IBA; con lo cual, no se han tomado el trabajo de discernir en qué casos tú no puedes aceptar la designación como árbitro, en qué casos sí cabría la aceptación con dispensa, y en qué casos cabría la aceptación con ciertas dudas.

Lo que yo me temo, es que al momento de tipificar las infracciones, va a originar lo que criollamente llamamos «un arroz con mango», totalmente. Entonces, creo yo que, si bien el Código de Ética del 2016 es mejor que el del 2008, que va a tener aplicación en la práctica y que va a generar, sí, mayor cuidado en los árbitros y en las partes y sus abogados en el comportamiento ético, sí hay situaciones en la sobrerregulación, que me hacen poner estas llamadas de alerta a todos ustedes.

Parece ser como que el Estado comenzó con una buena intención, pero se quedó en eso, o no pudo con su genio de tener que reglamentar absolutamente todo. No solamente peca de ser reglamentarista, sino que el Reglamento de la Ley de Contrataciones, condiciona al Código de Ética, lo cual me parece mal, porque son normas distintas.

Y, finalmente —y con esto paso a responder tus preguntas—, el Reglamento y el Código de Ética se introducen, desde mi punto de vista, de una manera autoritaria, equivocada, estatista, en las decisiones privadas de los centros de arbitraje —seguramente César va a hablar de

eso—, porque les quiere decir a los centros de arbitraje «oye, ustedes no saben nada de lo que es la ética, así que cópiate mi código y haz lo que mi código dice», eso es una intromisión abierta y perversa a la autonomía, primero, de las partes que designaron ese centro, y del propio centro de arbitraje, administrador de ese proceso al que las partes se han sometido.

Ahora sí, las veintiocho preguntas, que las resumo en un par de minutos. Primero, decías Mariela, estos casos donde debería en algunas situaciones conllevar no a revelar, sino a no aceptar el cargo. Por ejemplo, en el caso que me quieren designar árbitro y yo soy representante legal de la empresa demandante; en otras palabras, lo que se llama una identidad o una manifestación de lo que es la identidad árbitro-parte, o sea, yo no puedo ser juez y parte, eso es lo que está diciendo; ésa es una causal de la lista roja irrenunciable de la IBA, yo no puedo ser juez y parte, no puedo ser árbitro y al mismo tiempo parte interesada en el proceso.

Evidentemente, un árbitro con el mínimo criterio, con dos dedos de frente y aliguito de moral, nunca va a aceptar y, de hecho, eso es lo que debería pasar, pero en esta situación no está regulado de esa manera, pese a que las directivas de la IBA textualmente, creo que es la Norma General n.º 2, te dice «oye, cuando estés en estas situaciones de listado rojo irrenunciable, tú simplemente no aceptas». En otras palabras, cuando un árbitro, a su propio juicio, considera que no va a poder tener la independencia o la imparcialidad que demanda la función arbitral, simplemente no acepta, porque a mí como árbitro me parece que no puedo ser independiente ni imparcial, si es que yo soy representante legal de la empresa demandante en el proceso donde yo voy a fungir de árbitro, ¿se dan cuenta?

¿Cuándo voy a poder aceptar? Cuando para mí no existe una duda justificada, pero voy a revelar cuando para las partes pudiera haber una duda justificada. Por ejemplo, hace cinco años, yo le hice un informe

en materia de competencia a una empresa subsidiaria de la empresa demandada, entonces, lo revelo, yo creo que eso no va a afectar mi imparcialidad e independencia en este caso, que nada tiene que ver con el tema del informe que hice hace cinco años, pero igual es una situación que puede ser medio naranja, entonces lo revelo.

En los casos que tú me pones, por ejemplo, que son estos supuestos de identidad árbitro-parte, es evidente que el código debió decir «oye, en estos casos, rojos irrenunciables no aceptes», aparte, incluso, como dice la misma exposición de motivos o la explicación de las Reglas IBA, esos casos son tan evidentes que no deberían ni siquiera mencionarlos, pero como hay que mencionarlos en algún momento, no aceptes.

¿Qué pasa —y esto viene a colación con tus otras preguntas— si el árbitro acepta, aceptó ser árbitro en un caso donde, además, soy representante legal de la empresa demandante en el proceso arbitral?, ¿qué pasa? Obviamente, la respuesta lógica sería la otra parte al toque me va a recusar y esa recusación es recontra fundada, pero ahí viene tu segunda pregunta malévola que es ¿qué pasa si acepto esta situación de identidad parte-árbitro, que no debí aceptar, pero acepto, las partes toman mi aceptación y la parte presuntamente afectada, la demandada, no dice nada, se queda callada y consiente tácitamente mi designación como árbitro?

Es un caso bien de laboratorio, nunca lo he visto en la práctica, pero yo creo que ahí podría haber dos niveles de pensamiento, o de acción. El primero es, si fuera un arbitraje institucional, yo creo que los centros de arbitraje deberían hacer un poco lo que hace la CCI, la Cámara de Comercio Internacional, que es la posibilidad de vetar al árbitro o de validar la designación del árbitro, es decir, en un arbitraje institucional en la CCI me nombran árbitro el demandante y todo mi historial pasa a la CCI y la corte va a decir si es que va a validar mi nombramiento, y, perfectamente, la corte podría decir «ojo, señores, por si acaso este señor que están nombrado árbitro es representante legal de la empre-

sa demandante», y ahí sí sería una llamada de alerta para que vete mi nombramiento. Creo que en un arbitraje institucional podría funcionar perfectamente así, y creo que ésa podría ser, incluso, una norma reglamentaria de los centros de arbitraje del Perú, particularmente, creo que sería muy saludable.

La otra opción es si a las partes no les interesa —rarísimo, de laboratorio— y el demandado dice «yo quiero que este señor sea árbitro, pese a que es el representante legal del demandante», bueno, el centro de arbitraje podría decir «declino la administración, váyanse ustedes a litigar arbitralmente su problema en otro lado, porque aquí esto no me cuece, o no me huele bien». Institucionalmente podemos hacer eso, yo creo que con bastante éxito y bastante control ante estas situaciones de los ejemplos que tú pones.

Si fuese *ad-hoc*, no vamos a tener un centro que lo haga. Si fuese *ad-hoc*, yo creo que ahí podemos —y es más complicado el tema— pensar dos opciones. La primera opción es decir «viva la autonomía privada, las partes son las dueñas del proceso y si el demandado se siente a gusto teniendo un árbitro que, igualmente, tiene el sombrero de árbitro, pero también tiene el sombrero de representante legal del demandante y la demandada no se siente perjudicada por eso, bacán», total libertad.

La otra opción, que sería al otro lado de la orilla, es que ese tipo de situaciones es muy parecido o similar, a aquellas situaciones donde tú y yo tenemos una cláusula arbitral en la cual yo, y no tú, designo a los tres integrantes del tribunal arbitral, y eso, legalmente, es nulo. Podría plantearse que la situación que tú describes en este último supuesto, podría también ser una causal de nulidad. Pero, igual es un tema bastante hipotético.

Ahora, preguntaste también si se pensó en algún momento establecer situaciones que, de presentarse, impliquen desde el primer momento la no aceptación del árbitro o su renuncia al caso, por supuesto, se planteó eso, no solamente al momento de la aceptación, sino como bien

dice la segunda parte de la pregunta, durante el ejercicio de la función arbitral, si salta una causal sobreviniente, el árbitro debe renunciar, aquí no hay dudas. Sin embargo, esto también queda medio cojo con lo que hemos hablado.

Tu otro paquete de preguntas está ligado —y con esto acabo— al principio de transparencia. Decías «desde tu punto de vista, ¿el no registrar el laudo en el Seace constituye una falta de ética?, ¿por qué?». No, yo creo que ahí, además de que el principio de transparencia es una invención heroica, porque eso no está en las Reglas IBA, ni en la CCI, ni en nada de esto; es, básicamente, y tú describías bien Mariela las funciones que están contenidas en este principio de transparencia y que, además, no solamente están en el código, sino tipificadas como infracciones en el reglamento como, por ejemplo, no colgar el laudo en el Seace, no verificar que el secretario esté registrado, no brindar información al OSCE cuando te piden tus casos en nombre de las partes, etc. Si se dan cuenta, estas supuestas infracciones éticas, son infracciones operativas; son asuntos de mera administración, que no tienen nada que ver con lo conductual, no es que el árbitro sea un sinvergüenza o que esté actuando moralmente mal, es que operativamente no colgó el laudo en el Seace, porque, para variar, siempre se para colgando la página web del OSCE.

Entonces, por eso, falta ética, Consejo de Ética, suspensión de por vida y crucifixión. Entonces, yo creo que está totalmente equivocado. En mi opinión, ahí no hay una falta ética; es una función operativa, creo que, en todo caso, la transparencia no tiene que ir por el lado del árbitro en esos casos particulares, creo que eso debería ser, más bien, una «chamba» del OSCE, que debería no dedicarse ya más a administrar procesos arbitrales, sino a ser una suerte de centro de segundo piso que irradie información al mercado arbitral; ésa debería ser específicamente la «chamba» del OSCE, irradiar información al mercado arbitral y publicar un montón de laudos, recusaciones, etc., como corresponde.

Y, finalmente y nuevamente agradeciendo la invitación, decir que el tema ético no solamente tiene una repercusión legal, como bien señalaste Mariela, sino que tiene una repercusión económica fundamental. De hecho, si uno ve los reportes del Banco Mundial o de varios organismos multilaterales, la competitividad de un país, entre otros factores, se mide muchísimo por el tema corrupción y el país y los ciudadanos pagamos los platos rotos cuando existe esta clase de corrupción, no solamente en el arbitraje, sino en general.

Entonces, el tema ético es totalmente tangible, tiene cuerpo, tiene sangre, tiene corazón, está ahí presente, no es un tema solamente legal, es un tema también económico que repercute en toda la sociedad.

Muchas gracias.

Intervención de Walter Albán Peralta

*Walter Albán Peralta**

Mariela Guerinoni Romero: Walter, ¿consideras que toda recusación fundada implica necesariamente una sanción desde el punto de vista ético, considerando que en ambos casos lo que se discute, fundamentalmente, es la falta de independencia, imparcialidad o el incumplimiento del deber de revelación? Me gustaría que nos expliques si existen diferencias, si se complementan, si se excluyen. De otra parte, ¿qué opinas sobre los criterios de graduación de la sanción establecidos en el código como, por ejemplo, los motivos determinantes del comporta-

* Abogado y magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director Ejecutivo de Proética, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ex decano de su Facultad de Derecho. Incorporado al registro de árbitros de Amcham, de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Desde el 2015, es miembro de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la PUCP.

miento del árbitro, el impacto de la conducta del árbitro en el proceso arbitral o el daño causado, ¿son adecuados, medibles, objetivos o, por el contrario, generan un amplio umbral de discrecionalidad a favor de quien va a resolver estos casos?.

Walter Albán Peralta: Gracias Mariela, voy a disculparme por dos cosas, no puedo saludar a mis colegas en el panel y dar los agradecimientos que corresponderían, porque yo tengo que dictar a las 7 p.m.; y, la verdad, hemos comenzado con un poquito de atraso, entonces, voy a ceñirme al deber de revelación, me dijeron ustedes diez minutos; por tanto, voy a tratar de decir en diez minutos lo que me correspondería.

Quiero partir también de señalar que coincido plenamente con lo que Paolo acaba de decir; y, por tanto, varias de las cosas que tenía previstas plantear respecto del código y que me preocupaban, de alguna manera me siento muy libre de compartirlas, con lo que ha señalado y creo que también se va a decir más a lo largo de lo que se desarrolle en esta mesa.

De hecho, como Director Ejecutivo de Proética, me correspondió asistir a una reunión de la Comisión Nacional Anticorrupción, donde van representantes de entidades del Estado y también de la sociedad civil, en este caso, fui por Proética y escuché el reclamo airado del representante de los gobiernos regionales y gobiernos municipales —esto fue a comienzos de año, de este año 2016—, diciendo que un gran problema con el que se habían encontrado al comenzar sus gobiernos a inicios del 2015, era que una gran cantidad de obras que no se habían hecho o estaban a medio hacer y, sin embargo, ya los municipios y los gobiernos debían millones a contratistas por haber perdido arbitrajes; y decían que esto, además, se ha ventilado en la generalidad de los casos en arbitrajes *ad-hoc*.

Como bien ha señalado Paolo, respecto a la preocupación internacional, hoy en día en el Perú y desde el punto de vista de Proética, la co-

rrupción es el problema más grave con el que nos estamos enfrentando, y como este congreso tiene, precisamente, el nombre de «Balance, desafíos y perspectivas de un modelo en permanente crecimiento», creo que acá hay un buen punto de partida. Tenemos que frenar la corrupción en el arbitraje y eso está, fundamentalmente, dirigido; y debemos de manejarlo a partir de lo que significa la experiencia del arbitraje *ad-hoc*.

Una institución como el arbitraje que fue diseñada, pensada, para particulares, como también Mariela lo señaló al inicio, en el Perú ha tomado otras características, porque el Estado está, prácticamente, obligado a ir a arbitraje en todos los casos.

Entonces, es inaceptable que, por ejemplo, la información no fluya. Por eso, quién sabe, quizás mi único matiz respecto a la transparencia, Paolo, pero no en el sentido de lo que tú criticas, porque como está, es una tontería; pero lo que sí debería establecerse, es que lo que tiene que ver con el recurso público, con lo que son millones de soles que corresponden a todos los peruanos y peruanas, no puede ser que se maneje con absoluta reserva y que solamente los laudos se puedan publicar, etc.

Bueno, también el tema de la voluntariedad está en cuestión. Yo creo, sin embargo, que el remedio, probablemente, no sea regresar eso al Poder Judicial, yo creo que hay que apostar por el arbitraje, pero hay que cuidarnos de que el arbitraje no se siga distorsionando y «los puntos sobre las íes» hay que colocarlos, particularmente, en el arbitraje *ad-hoc*. Creo que por ahí es donde no he encontrado desde el Estado, en este caso del organismo supervisor, que haya habido una preocupación clara en este sentido, porque una de las opciones más nítidas, es que el arbitraje, en el caso del Estado, sea institucional, no que vaya a arbitrajes *ad-hoc*.

Dicho esto, respondiendo a lo que preguntabas, yo creo que, definitivamente, que se declare fundada una recusación, no necesariamente implica un reproche ético contra el árbitro que puede haber sido recusado, porque hay cantidad de casos en los cuales la recusación puede prosperar

partiendo de algo que es evidente, que siempre se plantea y se coloca sobre la mesa, pero que a veces, creo, no se llega a entender. Por lo menos, en el caso de algunos árbitros, lo he visto con alguna frecuencia, y es que no se trata de aquello que el árbitro crea que compromete su imparcialidad o su independencia, sino de aquello que las partes o un tercero, razonablemente, pudieran entender que podría llegar a comprometerlas. Es decir, no es necesario que afecte su independencia o su imparcialidad.

Manteniendo esta diferencia que está en toda la literatura de arbitraje, la independencia es el dato objetivo y la imparcialidad el dato subjetivo, de que puede haber un tipo de relación o vínculo que pudiera predisponer al árbitro en algún u otro sentido.

De manera que creo que esto no es así; creo que, además, con frecuencia se produce esta situación de que cuando hay una recusación, se asume como que es una rayita negativa sobre el árbitro y esto no debería ser así, deberíamos tratar de corregir esto y, probablemente, a eso podría ayudar que las cortes de arbitraje, por lo menos en los arbitrajes institucionales, podamos, cuando se resuelve una recusación, no sólo decir si ésta es fundada o infundada, sino que si hay una regla ética de por medio comprometida, también expresarlo. Entonces, que quede clara la diferencia.

Por ejemplo, hay casos que hace poco comentábamos con las personas del centro de la Católica, un árbitro tenía a un pariente cercano como abogado de un estudio que asesoraba a una de las partes, no tenía ni había tenido nada en común profesionalmente, no era una situación que pudiera decirse que claramente lo colocaba en una circunstancia de parcialidad o de falta de independencia, por supuesto; pero lo reveló, porque dijo «no pues, pero de repente por allí el hecho de que sea mi primo el que está en esta situación, puede generarle a alguna de las partes incomodidad o lo que fuere», lo reveló y, efectivamente, la parte dijo que le causaba incomodidad y quería que esto pudiera corregirse. En ese caso, entonces, obviamente, la corte podría resolver fundada la

recusación, pero al árbitro, al contrario, hay que felicitarlo por haber tenido la objetividad de establecer ese punto en su revelación.

Respecto a la idea de que si los criterios que se han establecido para graduar las eventuales sanciones en el código de ética son o no correctos, bueno, me parecen criterios razonables y hay que entender que esos criterios están fundamentalmente orientados a graduar la sanción y esto ocurre, incluso, en el derecho penal, o sea, también los magistrados, si bien el principio de legalidad tiene que ver con la conducta típica, a la hora de aplicar sanciones, las aplican también teniendo varias consideraciones del tipo de las que aquí se han establecido, dejando a salvo que la jurisdicción penal es muy distinta de una jurisdicción ética y donde, por tanto, los márgenes de discrecionalidad pueden ser, definitivamente, mayores.

Por último, quiero dejar planteado un asunto que me parece que vale la pena que, por lo menos, se discuta. Algunos colegas me estaban diciendo que no estaban muy de acuerdo con eso; pero yo tengo la idea de que en el Perú, por lo menos, esto de los códigos de ética lo ven como cosas del Olimpo, están puestos ahí porque son principios divinos para los que tienen aspiración de arcángel y, por tanto, no le dan ninguna importancia.

Entonces, separar códigos de ética y reglas para el arbitraje, en sentido práctico y funcional, creo que confunde y muchas veces superpone. El código de ética aprobado por el OSCE es una cantidad de cosas que se repiten del reglamento, por qué no pensar en un solo cuerpo normativo, un solo cuerpo normativo que tenga principios rectores que, por lo general, van a ser de gran carga ética, que orienten las decisiones de quienes tienen la autoridad para resolver los casos que allí se presenten. Y ese cuerpo tiene, además de los principios rectores o los valores que se establecen, reglas; y esas reglas en algunos casos tienen que ver con la conducta de todos los que participan en arbitraje que no son sólo los árbitros, por supuesto, y luego reglas que tienen que ver con las garantías de un trámite idóneo al proceso arbitral, que no tienen necesariamente contenido ético.

Esas reglas, con contenido ético o sin él, se aplican, y si se transgreden, se sancionan. Entonces, dejaríamos de estar disociando la realidad o tratando de caer en esta cuestión que señalaba muy bien Paolo, de que quienes, finalmente, aprobaron el Código de Ética del OSCE, quieren describir todas las situaciones posibles. Ésa es la permanente equivocación que hay dentro del Estado y que nos hace estar sobrerregulados en todos los aspectos. No, pues, basta con estos principios rectores, con estas reglas generales; y, luego, aquello que tiene sentido práctico regular de manera mucho más precisa, se establece como regla.

Un solo cuerpo normativo con preceptos, valores y reglas que se cumplen, con contenido ético o distintas, pero todas ellas si se transgreden, se sancionan.

Gracias.

Intervención de César Guzmán-Barrón Sobrevilla

*César Guzmán-Barrón Sobrevilla**

Mariela Guerinoni Romero: Las instituciones arbitrales tienen la obligación de aplicar el Código de Ética aprobado en el marco normativo; yo quisiera que nos digas si consideras ésta una injerencia del Estado en la organización interna y en la autonomía de las instituciones arbitrales. También me gustaría, César, que nos hables sobre lo siguiente: hay supuestos como los que hemos conversado de no registrar el laudo en el Seace, no remitir la información al OSCE, verificar que el secre-

* Magíster en Humanidades y abogado con más de treinta años de experiencia en el ámbito de las negociaciones, evaluación y gestión de conflictos. Mediador, conciliador, facilitador y árbitro. Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, docente universitario en pre y post grado en cursos de arbitraje nacional e internacional, solución de conflictos socioambientales, comercio internacional y negociación y conciliación. Especialista en la aplicación de mecanismos de solución de conflictos no judiciales.

tario esté registrado, custodiar expedientes, que están tipificados como infracciones éticas; desde tu punto de vista, ¿esas situaciones deben ser sancionadas por la institución arbitral o por el Consejo de Ética? Potencialmente, ¿el árbitro podría estar expuesto a dos entes que tengan que ver con temas éticos o consideras que la institución arbitral es simplemente la única competente para sancionar cualquier tipo de infracción ética del código?

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Bueno, muchas gracias. Hace muchos años estábamos aquí, yo diría que en la segunda o tercera versión del congreso y comentábamos ya acerca de la ética. Mi opinión no ha cambiado, la ética es un tema difícil de normar, porque, finalmente, tiene que ver con el discernimiento de la consciencia de cada persona, y esto difícilmente se puede normar.

Sin embargo, creo que la IBA, a lo largo de muchos años, ha descubierto lo que sabemos todos; dos principios básicos frente a los cuales el árbitro designado se ve precisado a informar, informándose primero él mismo en función de su propia ética, de su propia moral y el ser imparcial, ser independiente; y él discernirá y dirá frente a una invitación para ser árbitro «acepto o no acepto». Al aceptar, podrá decir a quienes lo han designado: «sin embargo, quiero que ustedes sepan que podría haber algunas situaciones que los podrían hacer dudar; no obstante, personalmente, no dudo, sobre mi imparcialidad o mi independencia».

Pero, a lo largo de los años se ha creído que con códigos de ética vamos a normar la conducta de las personas. Particularmente, dudo seriamente de eso, porque me parece que la ética es un tema que tiene que ver con el discernimiento personal de cada cual, y lo que ha pretendido el legislador en este reglamento y en el código, es regular nuestra conducta, es regular la conducta de los peruanos, y cree que regulándola va a cambiar el mundo y va a cambiar todo, y que creando un Registro Nacional de Árbitros, se van a convertir los árbitros de deshonestos a honestos, de poco transparentes a transparentes, de parciales a impar-

ciales. Sinceramente, lo dudo, porque no me parece que éste sea un tema que va en este camino.

Sin embargo, hay preguntas de Mariela que me obligan a contestar. No sé si ustedes saben que la Universidad Católica no tiene código de ética, pero ahora vamos a estar obligados a tener uno, porque la legislación nos exige tenerlo. Entonces, ya elaboramos un proyecto de código que hemos remitido al Consejo Universitario y que en un momento dado, me imagino que se aprobará. Y, ¿por qué lo vamos a llevar adelante?, porque no nos queda de otra, porque si no, no nos podemos registrar como centro de arbitraje, por reglamento nos obligan a tener un código.

Lo que acaba de decir Walter, a pesar de que conversábamos antes de no tener una opinión acorde, me ha hecho pensar y creo que todos somos capaces de cambiar y, precisamente, de discernir y pensar. Efectivamente, cuando tenemos un código por un lado y, por otro lado, un reglamento, se hace difícil —ahora yo soy miembro también de la Corte de Arbitraje de la Católica— discernir en ese momento de qué estamos hablando, ¿de una infracción de carácter ético?, ¿estamos hablando de una infracción al reglamento? Sería bueno repensar esta opción para caminar de manera unida en estos espacios.

Ahora bien, existe ya un código de ética, pero Paolo señalaba muy bien, indicando qué podemos decir nosotros acerca de la pregunta de Mariela, cuando dice «¿qué pasa con ese código de ética que se aplicará a los centros de arbitraje, en caso éstos no cuenten con código o que las infracciones previstas en el código del centro no sean todas aquellas que el Código de Ética aprobado por OSCE, tiene?

A mí, personalmente, me parece inaceptable esta injerencia de la legislación y de los autores del Código de Ética que, de la noche a la mañana, se convirtieron en los dueños de la verdad y fijaron cuáles son los códigos que se deben aplicar por las instituciones arbitrales. Definitivamente, es una injerencia que no nos parece adecuada.

Creo que si nosotros vamos a tener un código de ética que, definitivamente, lo tendremos que tener, estará absolutamente vinculado al reglamento de arbitraje que también lo estamos modificando y va a tener que responder necesariamente a los cánones y valores que la Universidad Católica tiene, que creo que todo el mundo los conoce y que tratamos de infundir a nuestros alumnos, a esos alumnos a los cuales Walter está desesperado por seguir enseñándoles en las clases, porque se le va la hora, y que nosotros tratamos de acreditar, no con palabras, sino con vida coherente, que es la única manera en que yo puedo demostrar que la ética responde y esa vida coherente es la que debe tener el árbitro cuando actúa y cuando acepta ser árbitro y, difícilmente, se puede desarrollar de esta manera.

Entonces, en primer lugar, yo diría Mariela, que la injerencia de tener un código de ética uniforme a nivel nacional, que sea aplicable a los centros de arbitraje que no cuentan con código de ética, me parece inaceptable. Hay una regulación inadecuada, porque el reglamento exige que para que un centro de arbitraje se registre, debe contar con código de ética; pero, la Directiva n.º 019, norma inferior, no obliga y, por tanto, yo podría inscribir un centro de arbitraje sin código de ética y, en consecuencia, aplicar el Código de Ética aprobado por el OSCE, lo cual me parece absolutamente absurdo.

Es decir, un centro que no cuente con normas de ética, no necesariamente con un código, vinculadas a su reglamento, yo creo que no debe ser centro, así de sencillo, no debe dedicarse a esta actividad, que haga otras cosas y me parece, por eso, inaceptable que nosotros tengamos que aplicar el código del OSCE en el supuesto negado de que no contemos con código o las infracciones previstas en el código que tiene —ya se comentó muy bien por Paolo— este tema de transparencia, sobre el cual yo estoy absolutamente de acuerdo, no como una infracción administrativa, distinta, porque definitivamente estamos administrando recursos del Estado y existe la obligación moral del árbitro de cumplir con las obligaciones de comunicar e informar, porque estamos

administrando recursos del Estado y esto no es una infracción ética, es una infracción administrativa, por favor, cambiemos las normas y pongámoslas donde deben estar.

Éste es un tema, simplemente, de perfeccionamiento técnico-jurídico y no tanto de estar en desacuerdo.

Por otro lado, la pregunta en relación a estas infracciones que, precisamente, están referidas a lo que acabo de comentar, es decir, el desafío nuestro, hablando del término que tiene nuestro congreso, es que no necesitemos de códigos de ética, de su aplicación y menos de consejos de ética que nos sancionen, porque somos capaces de actuar honestamente sin necesidad de que así nos lo tengan que decir. Pero, es una realidad.

Y quiero terminar mencionando lo siguiente, a pesar de que Mariela no me ha pasado ninguna tarjetita, es que nosotros seguimos tozudamente, y lo seguiremos haciendo, hace siete años cuando estábamos con Magaly Rojas se lo dijimos, que la mejor manera de regular la actividad en el arbitraje en contrataciones del Estado, es que sólo sea arbitraje institucional y que los centros de arbitraje institucional sean supervisados, vigilados, verificados; ellos son los que tienen que cumplir con la transparencia, ellos son los que tienen que informar los casos de sanción que hayan previsto en sus propios códigos de ética, ellos son los que tienen que comunicar los laudos, ellos son los que tienen que comunicar los resultados de sus procesos.

La transparencia es un principio fundamental. Va a venir, a Dios gracias, y les adelanto, el día viernes va a estar aquí con nosotros Katherine González, que es la representante de la Cámara de Comercio Internacional para Latinoamérica en temas de arbitraje y nos va a adelantar los cambios que se están haciendo en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París sobre temas de arbitraje; y ¿saben qué han incluido?, transparencia, obligatoriedad de publicación de los laudos. A ustedes les parece extraño, inclusive, en el aspecto privado.

En consecuencia, éste es un proceso que se está cambiando en el tiempo, ya no caben estos temas de reservas y de cuidados. No es que nosotros pensemos que el *ad-hoc* está mal. Yo creo que hay árbitros en *ad-hoc* que son extraordinarios y hay que pensar en ellos de la mejor manera; sin embargo, sí se presta para aquéllos que no manejan adecuadamente el sistema, a malas formas y a corrupción, y creo que esto debe cambiar.

El tema de las regiones es fundamental y nos lo dirán en el congreso cuando vengan aquí representantes de centros de arbitraje de regiones, a contarnos sus sufrimientos, sus dudas y sus problemas en relación a qué está pasando en nuestras queridas regiones en estos temas.

Tenemos que salvar el arbitraje, tenemos que creer mucho en él y creo que la ética y el discernimiento para actuar con conductas adecuadas y generar confianza, las ganamos con los hechos, por más que queramos regular y reglamentar, el reglamentarismo no conduce a nada, porque la ética y la moral son algo que está en la conciencia de cada uno de nosotros.

Muchas gracias.

Intervención de Fausto Viale Salazar

*Fausto Viale Salazar**

* Abogado especialista en derecho civil, constitucional y arbitraje. Cuenta con amplia experiencia en la elaboración de estrategias procesales, así como en el patrocinio en procesos judiciales, arbitrales y constitucionales. Lideró la defensa del Estado peruano en un importante caso ante el Ciadi. Su trayectoria profesional ha sido destacada por la prestigiosa publicación internacional *Chambers and Partners*, destacándolo como abogado líder en el rubro de resolución de conflictos. En el ámbito académico es docente del curso de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la PUCP por más de treinta años, y es autor de diversos artículos publicados en revistas especializadas.

Mariela Guerinoni Romero: Fausto, en relación al Consejo de Ética, ¿cuál es tu opinión respecto a la conformación del Consejo de Ética, en la medida de que la totalidad de sus miembros son designados por el Estado?, ¿es idónea su conformación?, ¿consideras que se asemeja a un tribunal administrativo y, en consecuencia, el árbitro estaría siendo sometido, en realidad, a un procedimiento administrativo sancionador semejante al que se reguló en el año 2012?

Fausto Viale Salazar: Gracias, Mariela. Primero quiero agradecer al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por la invitación que se me ha hecho. Para mí es un gran honor participar en este evento.

Sobre las preguntas que me formula Mariela, son muy concretas. Creo que ahora sí voy a poder completar los diez minutos y no pasarme. Son tres. Primero, ¿es la composición del Consejo de Ética idónea; segundo, ¿es el Consejo de Ética un tribunal administrativo?; y, tercero, ¿es semejante al procedimiento sancionador regulado por la Ley del Procedimiento Administrativo General?

Bien, para comprender la idoneidad en la composición del Consejo de Ética, tenemos que tomar en cuenta, aunque ya creo que está claro a partir de las exposiciones previas, que el Consejo de Ética es el que se encarga de determinar la comisión de las infracciones que cometen los árbitros o los secretarios arbitrales, y de imponer las sanciones respectivas.

Pues, bien, si es así, ¿ese Consejo cómo está conformado? El artículo 8 del Código de Ética nos dice que el Consejo de Ética está conformado por tres miembros, uno en calidad de presidente y los otros dos en calidad de consejeros. El cargo de miembro del Consejo de Ética es honorario y tiene duración de dos años, etc.

Para terminar con las citas normativas, la norma que existe en la Ley de Contrataciones del Estado, aquí está la conformación justamen-

te, «El Consejo de Ética se encuentra integrado por tres miembros de reconocida solvencia ética y profesional, los cuales son elegidos por la Presidencia del Consejo de Ministros, por el Ministerio de Economía y Finanzas y por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [...]».

¿Qué es esto? O sea que este organismo contralor de los árbitros que están ejerciendo una función jurisdiccional, porque así lo señala la Constitución del Estado, están recibiendo denuncias de particulares contra los árbitros o secretarios arbitrales, procesándolas; y, de ser el caso, sancionándolos.

Pero, ¿es dable que este Consejo de Ética esté conformado por representantes de estos tres ministerios del Estado? Realmente, yo creo que es el colmo, eso no puede ser así. O sea, es el Estado el que va a actuar de alguna manera como «gato de despensero», es decir, que sabemos que es el Estado el que interviene siempre en uno de los conflictos que han sido sometidos a arbitraje y que por cierta infracción o conato de infracción, van a pasar por el tamiz de este tribunal, de este consejo. Entonces, ¿qué garantía ofrece este consejo? Yo pienso que tiene que haber prontamente una corrección.

Por otro lado, la norma dice que los consejeros deben tener una reconocida solvencia ética y profesional, o sea, ése es el vértice, el panorama que deben tener en cuenta estos tres ministerios para designar a los miembros del Consejo de Ética. Sin embargo, no hay una línea en el Código de Ética que establezca qué significa eso de solvencia ética y profesional, ni tampoco un procedimiento mínimo para que estos ministerios, que son el propio Estado, que van a juzgar a los jueces que están viendo los arbitrajes, porque son jueces, sea el propio Estado, sea una parte del conflicto, o sea, actúa de juez y parte.

Nuevamente digo, esto es inconcebible. Si una primera modificación debería hacerse al Código de Ética, es radicalmente modificar esta composición, establecer una más coincidente, con un criterio de inde-

pendencia e imparcialidad, que se lo piden a los árbitros, pero también el consejo que viene a ser una especie de corte de ética, debe tener más aún esas características de independencia y ética, que no están aseguradas, si es el propio Estado el que está juzgando.

Bueno, ya se dijo aquí también que las reglas del Código de Ética se aplican a todos los arbitrajes, ya sean administrados por el OSCE, cuando actúa como un centro de arbitraje, también para los arbitrajes *ad-hoc* y los arbitrajes administrados por un centro de arbitraje; o sea, un arbitraje institucional, por ejemplo, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, de la Universidad Católica, de Amcham, etc., siempre y cuando no cuente con un código de ética. Como ya señalaron, el de la Católica no cuenta con un código de ética, entonces, en este caso, tendría que aplicarse íntegramente el Código de Ética aprobado por el OSCE.

Bien, entonces, la primera que se me hizo acerca de si era idónea la conformación del tribunal, tiene como respuesta rotundamente no, aquí hay un peligro de parcialidad y falta de independencia de los que componen este consejo.

Segunda pregunta, ¿constituye un tribunal administrativo este Consejo de Ética? Yo pienso que podemos ver el término de tribunal administrativo desde dos puntos de vista, en un sentido amplio y en un sentido restringido.

En un sentido amplio, yo pienso que sí es un tribunal administrativo, porque es un organismo colegiado, está ubicado dentro del armazón de la administración pública del Estado y con una función determinada. Sin embargo, en el sentido estricto, yo pienso que no es un tribunal administrativo. El tribunal administrativo *per se*, en estricto, es un alto tribunal que se encuentra en la cúspide de ciertos sectores de la administración pública, que están dirigidos a actuar como órganos de última

instancia administrativa y, además, encargados de orientar la política, la jurisprudencia administrativa que corresponde a ese sector.

Tenemos, así, al Tribunal Fiscal, al Consejo de Minería, tenemos las salas del Indecopi, etc.. En resumen, el Consejo de Ética no constituye, en sentido estricto, un tribunal administrativo.

Y la última pregunta es, ¿se puede asemejar el procedimiento de sanción de un procedimiento administrativo sancionador con el que desarrolla el Consejo de Ética?

O sea, aquí se plantearon dos sistemas, el procedimiento sancionador, denominado así por la Ley del Procedimiento Administrativo General; y, por otro lado, el procedimiento sancionador recogido y regulado por el Código de Ética.

También la respuesta es muy concreta, pienso yo, y muy clara. No voy a hacerme pasible de otro papelito, doctora Mariela Guerinoni. La finalidad de ambos procedimientos es distinta, el procedimiento de sanción bajo las reglas del Código de Ética está dirigido a sancionar árbitros o secretarios arbitrales por ciertas infracciones que están contenidas directamente en el Código de Ética; mientras que el llamado procedimiento sancionador que regula la Ley del Procedimiento Administrativo General, es distinto totalmente. Es un procedimiento para aplicar sanciones de la administración al administrado en todo el desarrollo, desde la selección en las licitaciones públicas, hasta el fin de un contrato con el Estado; eso es otra cosa.

La respuesta, entonces, es que no son lo mismo, son cosas totalmente distintas.

Muchas gracias.

Intervención de Mariela Guerinoni

Tenía la intención de que todos nuestros expositores tuvieran dos o tres minutos para complementar algún tema adicional; pero, lamentablemente, el tiempo nos ha ganado, hemos empezado un poquito tarde.

Intervención de César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Mariela, solamente para que quede claro, el Centro de Arbitraje de la Católica va a contar con un código de ética y nosotros pensamos que el Código de Ética que ha aprobado OSCE y el Consejo de Ética que se conformaría, deberían ser aplicables a los *ad-hoc*. Nada más.

Intervención de Mariela Guerinoni

Muy bien César. Nada, solamente como resumen muy apretado de las excelentes exposiciones de nuestros panelistas: el Código de Ética es sumamente casuístico, incluye infracciones que, en realidad, no están calificadas o no son de naturaleza ética, sino más bien de naturaleza administrativa; y que el Consejo de Ética que se designe va a tener que aprobar su propio Código de Ética, porque tendrá que ser imparcial e independiente, dado que está conformado por el Estado, y resulta que en estos arbitrajes el Estado es una de las partes.

Muchísimas gracias por su presencia.

3. HOMENAJE AL DOCTOR CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Intervención de Silvia Rodríguez Vásquez

Buenas noches, gracias a todos nuevamente por su asistencia. Nos hemos tomado un momento antes del segundo panel porque, como ustedes saben, esta fecha para nosotros es muy especial, son diez años, diez ediciones, del Congreso Internacional de Arbitraje y hemos tomado un momento para homenajear a una persona que encarna estos diez años de ediciones del Congreso.

Queremos homenajear al director del centro, el doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, por el empuje, por el empeño que ha tenido todos estos años al dedicar tiempo y esfuerzo a poder organizar este evento.

Para esto contamos con personas muy cercanas a nosotros, el doctor Alfonso de los Heros, que es el vicepresidente de nuestra corte de arbitraje y que amablemente va a dar unas palabras; y también, a Mario, que también con su impulso pudimos tener este congreso de arbitraje vigente desde el año 2007.

En este momento va a tomar la palabra el doctor Alfonso de los Heros.

Intervención de Alfonso de los Heros Pérez Albela

Estimados miembros de la mesa, estimados amigos y concurrentes.

Celebramos este año el Décimo Congreso Internacional de Arbitraje y diecisiete años de la creación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la universidad.

Me honra en esta especial ocasión el encargo de rendir homenaje a César Guzmán-Barrón Sobrevilla, quien ha liderado la organización de los congresos desde sus inicios y ha dirigido nuestra institución junto con un equipo excelente de colaboradores durante diecisiete años.

Soy testigo del esfuerzo y del compromiso de César, no solamente en la dirección del centro, sino en su esfuerzo de realizar, a lo largo del tiempo, todas las gestiones y acciones necesarias para consolidarlo y convertirlo en una organización emblemática en el país para la solución de controversias, mediante la conciliación, el arbitraje y la prevención y gestión de conflictos sociales.

Ahora César va a pasar de la calidad de director del centro a ser miembro de la corte —ya es miembro de la corte— y, desde esta responsabilidad, continuará aportando y colaborando a su engrandecimiento.

Permítanme recordar que el centro se inició el 1 de diciembre del año 1999 como Centro de Conciliación de la Pontificia Universidad Católica del Perú, para ejercer como tal y para la formación de conciliadores, para luego, en el año 2002, ampliar los servicios del centro y ejercer la función arbitral, pasando a denominarse Centro de Conciliación y Arbitraje e, inmediatamente en el año 2003, iniciar servicios de prevención y gestión de conflictos socio-ambientales, cambiando su denominación a Centro de Análisis y Resolución de Conflictos.

Al mismo tiempo, entre el 2003 y 2006, la universidad delegó en el centro la administración de la defensoría para el Proyecto Camisea.

Durante todos estos años, el centro ha tramitado 2,300 procedimientos de conciliación; 1,218 arbitrajes, cerca de 400 de ellos en giro; y cuenta con 260 árbitros.

Al mismo tiempo, se han realizado, incluyendo al que hoy se inicia, diez congresos de arbitraje desde el 2007, todos ellos en el mes de septiembre de cada año, incluyendo una competencia internacional de arbitraje en el 2014 y siendo sede nuestra universidad y contando con la organización de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario de Colombia, a la que asistieron más de cuarenta delegaciones nacionales y extranjeras.

En estos congresos se han tratado los temas más diversos e importantes sobre arbitraje, citando, a manera de ejemplo, las instituciones arbitrales, el arbitraje comercial e internacional, el arbitraje de inversión, el Ciadi, la problemática de los árbitros, el tema ético que se ha analizado hace un momento, la contratación estatal y muchos otros que sería largo enumerar.

He querido hacer esta breve descripción del centro y sus logros, porque deseo destacar, precisamente, el rol que ha cumplido César en esta rica historia, pues ha sido el principal artífice en el crecimiento y desarrollo del centro.

Para lograr todo esto nos ha dado un testimonio de enorme entrega y compromiso, de seriedad y profesionalismo, de caballerosidad, de arduo trabajo y de visión de lo que significaba y significa para nuestra universidad el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos y debo decir que lo ha logrado.

Como conozco a César más allá de sus funciones y deberes en el centro, puedo afirmar —sin temor a equivocarme— que es un caballero cristiano comprometido con la universidad y con el Perú.

Por todo esto, es que deseamos brindarle este merecido reconocimiento público, al iniciarse este Décimo Congreso Internacional de Arbitraje. Puedes pasar, por favor y, de paso, un recuerdo conmemorativo de su función dentro del centro.

Intervención de César Guzmán-Barrón Sobrevilla

En realidad, no se tenía que mencionar, pero ya lo dijo muy bien Alfonso, somos amigos de hace muchos años, de ahí sus cálidas palabras; y yo tengo que decir con emoción que éste es el último año que estoy aquí, dejo el centro para nuevos trabajos y, a partir de octubre, ya no estaré y por eso era muy importante que pudiéramos, aquí en este recinto de nuestra casa de estudios, tal vez, tener un momento innecesario, tal vez un momento en el que yo no esperaba este reconocimiento, por eso me dijeron que me sentara ahí.

Quiero decirles a todos ustedes y transmítanselo a los demás, que si bien es cierto uno deja un cargo, que es bueno, porque es como un hijo que tiene diecisiete años y ya es hora de que empiece a caminar solo y estoy seguro de que seguiremos adelante como universidad, porque la universidad permanece en el tiempo y el centro permanecerá en el tiempo.

Gracias a cada uno de ustedes y, sobre todo, a aquéllos que son y han sido mis colaboradores. Gracias.

Intervención de Alfonso de los Heros Pérez Albela

Quisiera leer lo que contiene el recordatorio que le han entregado al doctor César Guzmán-Barrón, dice «La Pontificia Universidad Católica del Perú, otorga el presente reconocimiento a César Guzmán-Barrón Sobrevilla por su entrega y compromiso en la dirección del Congreso

Internacional de Arbitraje durante diez años, donde ha demostrado su empeño, dedicación y ética en el arbitraje. Lima, Perú, septiembre del 2016. “El que va tras la justicia y el amor, halla vida, prosperidad y honra” (Proverbios)».

Intervención de Mario Castillo Freyre

Muchísimas gracias, quiero ser muy breve. Ustedes saben que me une una gran amistad con César, a quien le tengo una gran admiración desde que fue mi profesor en estas aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

En realidad, la labor de César como director del Centro de Arbitraje de la universidad, es una labor muy meritoria y muy sacrificada y hay algo que la mayoría de gente no conoce, y es que él voluntariamente no es árbitro, o sea, él durante todos estos años, bien ha podido ser árbitro en arbitrajes *ad-hoc*, en otros centros de arbitraje, pero él decidió no ser árbitro, para que ni siquiera de manera lejana se pudiera percibir que existe en él alguna voluntad de utilizar el cargo para poder estar como árbitro, precisamente, en otros procesos.

De tal manera, que ése es un sacrificio de diecisiete años muy fuerte que, digamos, tiene que terminar César, porque tienes que ser árbitro y presidente de tribunales, como le corresponde a una persona con tanta experiencia en la materia.

Nunca voy a olvidar cuando en mayo o junio del año 2007, nos reunimos con César en el centro, cuando tenían un local muy pequeño en Paz Soldán y le dije «César, ¿por qué la universidad no hace un congreso de arbitraje?, con las pautas de una universidad sería como la Universidad Católica, es decir, que el congreso sea un congreso fundamentalmente académico, que las personas que se inviten sean personas que se inviten por mérito y no por otras circunstancias o algún tema de

orden crematístico». Y, bueno, ese congreso prendió, hoy es el décimo, ya han transcurrido nueve años y lo que me da muchísimo gusto, es el progreso que ha tenido el centro.

Yo recuerdo, porque no me voy a olvidar de esa cifra, recuerdo que a esa fecha, a ese año, habían entrado al centro de arbitraje de la universidad, en el 2007 entre enero y mayo, ocho arbitrajes y, naturalmente, el centro de arbitraje estaba lejos de todos los demás centros de arbitraje, o sea, estaba a la cola de los centros de arbitraje de Lima y hoy, han ingresado este año, 264 arbitrajes, que es una cifra récord y tienen en curso más de 470 procesos, la que es otra cifra récord.

Si uno apreciara la curva de crecimiento del centro de arbitraje que ha dirigido César, es, sin duda, una de las unidades más exitosas de la Universidad Católica en la historia y eso merece el reconocimiento, tanto de la institución, que se lo está dando a través de las palabras del doctor Alfonso de los Heros, miembro del Consejo de Arbitraje de la universidad, sino también de la propia institución; es un profesor que ha sacrificado diecisiete años de su vida para que la universidad tenga, como lo tiene la Universidad Católica, un centro de arbitraje emblemático.

De manera que yo no podía dejar de decir estas palabras, César —y con esto termino—, porque César es un profesor brillante, un director del centro de primera línea, un hombre con todas las condiciones morales y éticas que lo acompañan desde su nacimiento, un funcionario exitosísimo del centro de arbitraje, una persona decentísima y, además, una persona a la que todos le tenemos el agradecimiento por mantener al centro como se ha mantenido, un centro libre de altibajos, un centro que sólo ha tenido como norte el crecimiento y la difusión honesta del arbitraje en el Perú y de otros medios de resolución de conflictos; está la conciliación con la que se empezó, la mediación también, los *dispute boards* ahora, antes de la nueva ley.

Es un centro innovador y los aportes que él ha hecho, ya en un plano personal e institucional, a diversos organismos públicos, siempre tratando de que las leyes y la reglamentación del arbitraje mejoren en nuestro país.

Así que concluyo y pido una vez más a ustedes, queridos amigos, un aplauso para César.

4. SEGUNDO PANEL: EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO COMO MATERIA ARBITRAL EN LA LEY N.º 30225

Ricardo Rodríguez Ardiles (moderador)

Carlos López Avilés (ponente)

Elvira Martínez Coco (ponente)

Enrique Ferrando Gamarra (ponente)

Palabras de presentación del panel de Rigoberto Zúñiga

En el segundo panel del día de hoy, el tema que nos va a ocupar es «El equilibrio económico financiero del contrato como materia arbitral en la Ley n.º 30225», tema sumamente interesante y que tiene que ver con la nueva regulación sobre materia arbitrable que tanto la Ley de Contrataciones, como su reglamento, han efectuado no hace mucho tiempo y, en consecuencia, este panel nos va a dilucidar las implicancias de esta nueva regulación sobre materia arbitrable y qué rol juega esta figura del equilibrio económico financiero del contrato dentro de este esquema de arbitrabilidad y la relación de la misma con otras figuras conocidas del derecho.

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

*Ricardo Rodríguez Ardiles**

Buenas noches, en primer lugar, a nombre del panel hacemos también una reafirmación del homenaje a César Guzmán-Barrón. Con César nos une una larga relación personal y de vinculación con esta casa de estudios y, muy especialmente, con el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos. Nuestro reiterado homenaje, César.

Antes de iniciar el tema en sí mismo, quisiera señalarles cuáles van a ser las reglas de este panel, con el objeto de que haya un fluido intercambio de ideas. El tema es extremadamente rico y, como podrán ver de la composición del panel, tenemos a dos abogados, exceptuándome, la doctora Elvira Martínez Coco y el doctor Enrique Ferrando y, el tercer miembro del panel, es el ingeniero Carlos López Avilés. En consecuencia, para tratar este tema vamos a intentar vincular el asunto estrictamente legal o jurídico con el tema técnico, para poder ver si esta figura del equilibrio económico financiero del contrato, que está tan de moda para ser materia arbitrable y que, además, está recogida expresamente por primera vez en la nueva Ley de Contrataciones del Estado, la n.º 30225. Vamos a ver cómo se calcula, nos dirá eso el ingeniero López.

Pero, para poder empezar, evidentemente, lo primero que tenemos que hacer es preguntarnos en qué momento existe el equilibrio económico financiero de un contrato. Evidentemente, casi por natural relación en el pensamiento, podríamos afirmar que en el momento en que se suscribe el contrato, debiera darse cumplimiento a este equilibrio

* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, egresado del Programa de Desarrollo Directivo de la Universidad de Piura. Ha sido asesor legal y gerente general de la Cámara Peruana de la Construcción, miembro y presidente de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, representante alterno ante el directorio del Consejo Supervisor de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, árbitro registrado en el OSCE y en los principales centros de arbitraje del país.

entre prestación y contraprestación; sin embargo, si nosotros vemos nuestra legislación civil, nuestro Código Civil, que es el cuerpo normativo por excelencia, veremos que ya se habla de un tema de lesión y de otro tema que es la excesiva onerosidad de la prestación y, ahora, viene una figura, el equilibrio económico financiero, que vamos a tratar de dilucidar si está comprendido en estas figuras o es una figura distinta.

Entonces, vamos a comenzar con unas exposiciones de diez minutos cada uno de los panelistas e, inmediatamente, el resto del panel hará algunos comentarios a la exposición del panelista que acabe de hacer uso de la palabra.

Intervención de Enrique Ferrando Gamarra

*Enrique Ferrando Gamarra**

Ricardo Rodríguez Ardiles: ¿Qué debemos entender por equilibrio económico financiero del contrato?, ¿cuándo se produce el desequilibrio económico financiero del contrato?, ¿este desequilibrio económico financiero del contrato es distinto a la lesión y a la excesiva onerosidad de la prestación?, ¿existe algún tipo de porcentaje para poder establecer que, efectivamente, se está produciendo un desequilibrio económico financiero?, ¿cómo se mezcla esta figura con el álea del contrato?, y ¿en qué momento, finalmente, tú conceptúas que podemos ir a un arbitraje o a una solución de controversias, por la vía ordinaria o por la vía excepcional del arbitraje, para poder intentar que se nos reconozca la necesidad de que se restablezca el equilibrio financiero del contrato? Teniendo en cuenta, además, que contrariamente a otras figuras, cuando se produce el desequilibrio y yo voy por la vía de restituir el equilibrio económico financiero del contrato, estoy renunciando a apartarme del

* Abogado especializado en temas civiles, mercantiles, corporativos y arbitraje. Ha actuado como árbitro y como abogado en importantes arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio de Lima y Amcham. Socio del Estudio Osterling Abogados.

contrato, porque yo quiero continuar, sólo que quiero continuar en la medida en que se me restituya ese equilibrio. O, pregunto, a pesar de que introduzca yo una solicitud de volver al equilibrio, si éste no se produce en el grado de satisfacción al que yo aspiro, podré mantener siempre la posibilidad de romper el contrato.

Enrique Ferrando Gamarra: Yo quiero entrar al tema o aproximarme al tema a partir de lo que es, principalmente, mi formación en derecho civil y de ahí entrar a la ley, porque, en realidad, éste no es un concepto nuevo, es un concepto que ha estado en la discusión de los contratos y en la teoría del riesgo de las prestaciones toda la vida.

Quiero empezar con un paradigma. Probablemente, todos han tenido alguna vez que redactar un contrato de compraventa o han tenido uno en la mano, en el que está la típica cláusula que dice «las partes declaran que entre el bien que se vende y el precio que se pacta existe una perfecta y justa equivalencia y si existiera alguna diferencia de más o de menos, se hacen mutua gracia y recíproca donación». ¿Me la sé de memoria.

Entonces, todos los contratos de compraventa tienen esa cláusula, a veces los notarios dicen: «oye, pero no has puesto la cláusula de equivalencia». Y, ¿para qué sirve esa cláusula? Para nada, absolutamente, para nada. Y, ¿por qué no sirve para nada? Porque la equivalencia de las prestaciones no existe en una economía de mercado, porque no hay control de precios, hay libertad de oferta y demanda y, entonces, no existe un precio para las cosas; lo que existe es una negociación en donde el vendedor y el comprador, o el que ofrece un servicio u ofrece un bien, va a negociar hasta encontrar el nivel donde se encuentran los intereses y ahí es donde se cierra el contrato. Ése es el equilibrio.

Pero, es un equilibrio totalmente subjetivo, no es que uno pueda decir «oye, hemos celebrado un contrato, hemos pactado que haya un justo equilibrio y resulta que las condiciones del mercado son diferentes, te he vendido barato, reajústame». O el otro dice «me has vendido

caro, te voy a pagar de menos». No, eso no existe. Entonces, la declaración de equivalencia, en realidad, tiene muy poca utilidad.

Es más, aparentemente, esta cláusula se inventa para poder oponerla a la lesión, pero no se puede pactar en contra, o sea, la cláusula tampoco tiene utilidad en ese sentido.

Con esta introducción, yo quiero entrar a los contratos con el Estado. ¿Existe la necesidad de que el contrato tenga equivalencia en las prestaciones? Aparentemente sí, según los principios que están en la propia ley. Si ustedes se van al artículo 2 de la ley vigente, uno de los principios de contratación es el de equidad; y ¿qué dice? Dice «las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general».

Bueno, con la introducción que acabo de hacer, aparentemente, acá también a lo que se está aspirando, es a que esa justa equivalencia, esa justa proporcionalidad exista en el momento de celebración del contrato, pero esto ustedes saben que es una perfecta falacia; es más, en un proceso de contratación como el que usa el Estado, que se basa en el proceso de selección, lo que van a haber son varias ofertas y, finalmente, el Estado va a elegir la propuesta económica que le resulte más conveniente, la más barata.

Entonces, van a haber muchos precios ofrecidos y el contrato se cierra con uno de ellos, eso ya demuestra que hay varios precios para la misma prestación; por tanto, no existe un precio, una prestación que uno pueda afirmar que es equivalente; la equivalencia es un concepto subjetivo. En realidad, en el momento en que se celebra el contrato, queda establecida la equivalencia para esas partes en ese contrato, ésa es la equivalencia y es un concepto totalmente subjetivo, porque yo puedo cerrar un contrato en 100 y otra persona hubiera estado dispuesta a cerrar el mismo contrato, pero en 120, para mí 100 es equivalencia, para

el otro 120 es equivalencia. O sea, yo no puedo referirme a terceros, ni al mercado, ni a situaciones ajenas a mi propia negociación, a mi propio contrato, para decir que la equivalencia está en otro lado, la equivalencia es lo que he pactado, ésa es la equivalencia.

Ahora, entrando entonces al tema de la ley, una vez que se celebra el contrato, ya queda establecido, institucionalizado, materializado un equilibrio; un equilibrio totalmente subjetivo que pertenece sólo a ese contrato, que es el equilibrio económico financiero que las partes han pactado.

Es económico financiero por mero sentido común, o sea, las prestaciones no solamente tienen un valor en sí mismas, sino que hay una oportunidad de cumplimiento. Cuando las prestaciones no tienen que cumplirse en forma simultánea, el elemento del tiempo puede tener un factor muy importante y, además, cuando se trata de un postor que va a ejecutar su prestación de manera continuada y a lo largo del tiempo, es muy importante para ese postor cómo se le va a ir pagando, porque los adelantos son los que, justamente, van a financiar la ejecución de las prestaciones. Entonces, no se trata solamente de buscar el equilibrio económico, sino también de preservar el equilibrio financiero.

Ahora bien, pero en la ley, tal como está explicado el principio de equidad, no está aparentemente preservando el equilibrio económico financiero durante la ejecución del contrato, sino está tratando de que el contrato nazca con equilibrio. Corrección, no es la redacción más feliz, pero lo que en realidad ha querido la ley tutelar y proteger, es el equilibrio económico financiero durante la ejecución. Esta ley no está tutelando que las prestaciones nazcan equilibradas, nazcan proporcionales, eso no existe; de lo que se trata es de que una vez celebrado el contrato, ese equilibrio económico financiero, se preserve.

Ahora, ¿dónde está el riesgo, entonces? En que el equilibrio económico financiero se pierda, y ¿dónde se pierde? No en las prestaciones de

ejecución inmediata, sino en las prestaciones de ejecución continuada, que van a estar expuestas a elementos que las partes no han podido prever o sí han podido prever, pero no con la suficiente diligencia y van a estar afectadas por circunstancias futuras, que pueden afectar, precisamente, la posibilidad de recibir la expectativa económica que cada parte tenía, o que se cumpla la parte financiera. Es decir, puede afectar ese equilibrio económico financiero.

Hay muchas circunstancias que pueden afectar el equilibrio económico financiero y no todas se van a resolver de la misma manera. Ojo, la ley no quiere decir que si automáticamente se rompe el equilibrio económico financiero y el contratista voltea donde el Estado y le dice «oye, reembólsame», así no funciona la ley. Esto es teoría del riesgo en las prestaciones.

Lo primero que hay que ver cuando se está rompiendo el equilibrio económico financiero del contrato es quién debe asumir el riesgo de esa situación, según lo que se ha pactado y según lo que dice la ley también. Si el riesgo lo tiene que asumir el Estado, el Estado es el que tiene que mojarse; si el riesgo lo tiene que asumir el contratista, el contratista es el que tiene que asumir. O sea, no se trata de que automáticamente queda roto el equilibrio y, entonces, el contratista ya tiene una acción contra el Estado o ya tiene un reclamo legítimo. Lo primero que hay que hacer es recurrir al contrato.

El verdadero problema empieza cuando el contrato no tiene soluciones o hay que preguntarse «bueno, ante estas circunstancias, ¿cómo se resuelve?».

Yendo, entonces, al tema de cómo es que se puede romper el equilibrio económico financiero, hay varias situaciones que pueden romper ese equilibrio económico financiero. La primera es el incumplimiento, si una parte incumple, por ejemplo, el Estado no paga el adelanto que se obligó a hacer o arbitrariamente rechaza valorizaciones que demoran el

pago de esas valorizaciones, y eso dificulta que el contratista pueda continuar con la obra. Esas demoras automáticamente empiezan a generar costos y llega un momento en que alguien tiene que pagar el sobre costo y, ahí no más, ya se está rompiendo el equilibrio económico financiero, debido a una situación que está surgiendo en conflicto de las partes y que, probablemente, va a tener que resolverse a través de una junta de resolución de disputas o de un arbitraje.

Entonces, el incumplimiento es una de las primeras causas que genera ruptura del equilibrio económico o del equilibrio financiero o de ambos; pero, eso tiene solución, porque los contratos son obligatorios entre las partes. Luego si alguna parte está incumpliendo y eso se establece, bien sea entre las propias partes, bien sea a través de un arbitraje, ésa es la parte que va a tener que asumir la diferencia de la ruptura que se generó en el equilibrio de las prestaciones.

Otra circunstancia que puede generar ruptura del equilibrio económico financiero, son hechos fortuitos, caso fortuito, fuerza mayor, o sea, hechos extraordinarios, imprevisibles, irresistibles, que surgen con posterioridad al contrato y que obligan a suspender la ejecución del contrato y no solamente hablo de contratos de obra, hablo de cualquier tipo de contrato que sea de tracto sucesivo y obligan a suspender o a retrasar o, incluso, a veces hasta a impedir la ejecución en forma definitiva del contrato y son imprevisibles.

Entonces, frente a esas situaciones, lo que corresponde primero preguntarse es quién debe asumir el riesgo de acuerdo al contrato, porque puede ser que el contrato no pueda continuarse ejecutando o tenga que estar suspendido un tiempo y eso vaya a generar gastos adicionales, costos adicionales que alguien va a tener que cubrir. Lo primero que hay que preguntarse es cuál es la solución que tiene el propio contrato, cuál es la solución que tiene la ley.

Si el contrato no ha trasladado, por ejemplo, esos riesgos, entonces el Estado los va a tener que asumir.

Otra de las razones que pueden generar, por ejemplo, ruptura del equilibrio económico financiero, son errores en el expediente técnico. En ocasiones el Estado primero licita el expediente técnico y, una vez que lo tiene, licita la ejecución de la obra. Entonces, le dice al responsable de la obra «bueno, acá tienes el expediente técnico, ejecútalo lo mejor que puedas», pero el expediente técnico está con errores de diseño, tiene deficiencias y el constructor las advierte y dice «yo no puedo continuar con la obra, porque esto tiene un error, acá falta una escalera, acá falta esto, acá falta lo otro, no se ha diseñado tal cosa, esto no va a soportar el peso, la estructura está mal, los planos sanitarios no corresponden». «¿Qué hay que hacer?» «Hay que corregir los planos». Entonces, se le traslada al conductor «bueno, arregla los tubos». Sí, arregla los tubos, pero a qué costo y, además, todo esto va a generar una paralización de la obra, vamos a tener mayores gastos generales, la obra no se va a poder entregar en tal fecha.

Resulta que la obra era para terminar un estadio, porque el Perú es anfitrión de unas olimpiadas regionales, entonces, no solamente está el sobrecosto del retraso, sino que hay que pactar una aceleración para que se pueda terminar en plazo, eso es un doble sobrecosto y la aceleración, además, alguien la tiene que pagar, porque el Estado necesita cumplir y terminar a tiempo.

Finalmente, está el mero transcurso del tiempo, o sea la economía va cambiando y las cosas suben; hay materiales, hay insumos que pueden subir de una manera extraordinaria, imprevisible y aun cuando se haya pactado en el contrato, porque la ley permite pactar en el contrato fórmulas polinómicas y monómicas para el reajuste de la prestación. Puede ser, pues, que el mercado gane, o sea, de repente, China decidió que no va a exportar acero y no hay acero, entonces, la obra se paraliza seis meses, porque no hay acero o sube demasiado, de una manera ex-

traordinaria, o sea, la fórmula no permite afrontar una situación de esa naturaleza, que es absolutamente imprevisible y, entonces, frente a eso también hay que buscar soluciones.

Ahí es donde la doctora va a explicarnos si todo esto juega con la excesiva onerosidad de la prestación o no.

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

Bien, primero gracias Enrique. Reacciones del panel.

Intervención de Elvira Martínez Coco

*Elvira Martínez Coco**

Con todo el cariño que le tengo a mi buen amigo Kike Ferrando, voy a discrepar en dos cosas, para hacer todo esto mucho más entretenido, obviamente.

El primer tema, el tema de la equivalencia. Yo creo que a la hora que se celebra el contrato ya existen parámetros totalmente objetivos para poder ver la equivalencia entre la prestación y la contraprestación. Tenemos una contraprestación, una obra que tiene que ejecutarse y esa obra que se ejecuta, todos lo sabemos, tiene una serie de metrados, y esos metrados tienen valores, y todos esos valores están claramente de-

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho Civil en la Escuela de Postgrado de la PUCP. Profesora de Derecho Civil en la UPC. Actualmente, se desempeña como árbitro del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, de Amcham y de la ICC de París. Ex Superintendente Nacional de los Registros Públicos.

limitados y, además, está delimitada también desde que se celebró el contrato, la utilidad que va a tener el contratista.

Normalmente, pues, quien gana la obra es quien ha renunciado a tener un mayor porcentaje de utilidad. Eso en contraprestación con la obra que se está haciendo, va a dar lugar a que el contrato cuando se ejecute se pueda quebrantar, esto que ya se mide objetivamente desde su celebración.

Una segunda cuestión es que yo creo que la norma que establece la posibilidad de modificaciones del contrato por el tema del equilibrio económico, tiene que entenderse como una norma de orden público. Creo que no debe caber el pacto en contrario. Lo digo por lo siguiente. Cuando se celebra el contrato, el contratista siempre está en una situación de total desventaja frente a la entidad estatal, que es quien le impone todas las normas de contratación; es, prácticamente, casi un equivalente de un contrato por adhesión: lo tomas o lo dejas.

Yo siempre lo comparo con que si queremos tener agua potable en nuestra casa, no nos queda otro remedio que contratar en los términos que nos pone Sedapal; de lo contrario, a cargar nuestro baldecito. Si queremos tener luz eléctrica en nuestra casa, tenemos que aceptar lo que nos dice Luz del Sur, lo que nos dice cualquiera de las que tienen el monopolio de hecho, respecto de este servicio o, de lo contrario, nos volvemos románticos, ponemos nuestras velitas, pero luz eléctrica no vamos a tener.

Si queremos contratar con el Estado, aceptamos sí o sí sus condiciones o, sencillamente, no vamos a contratar.

Me parece bien y muy loable (pocas veces destaco alguna directiva del OSCE, alguna opinión del OSCE), pero me parece muy bien, por ejemplo, y creo que guarda símil con lo que estamos hablando en este momento, una de las últimas opiniones del OSCE respecto de las renuncias a los mayores gastos generales.

¿Qué cosa ha dicho el OSCE? Las renunciias a los mayores gastos generales coetáneas con el otorgamiento de la ampliación de plazo no deben considerarse válidas. Para que consideremos válida una renuncia a mayores gastos generales, tiene que ser una renuncia posterior al otorgamiento de la ampliación de plazo. ¿Por qué? Porque se presume que el poder lo tiene quien otorga la ampliación de plazo y, prácticamente, está obligando al contratista a renunciar a esos mayores gastos generales. Me parece bien, como me parece bien que hay que considerar que esta norma tiene que ser de orden público, de lo contrario, todas las entidades estatales van a poner en sus contratos una norma diferente y se va a transformar en una declaración lírica.

¿Por qué en nuestro Código Civil de 1936 se establecía la renuncia al dolo, la renuncia a la lesión, la renuncia al error, etc.? Se establecía que se podía renunciar y, sobre la base de que se podía renunciar, se volvieron cláusulas de cajón y cláusulas de estilo las renunciias, tornándose en irreparables los derechos que se le pretendía otorgar. ¿Qué hizo el Código Civil de 1984? Dijo que no se podía renunciar ni a la excesiva onerosidad de la prestación, ni a la lesión, ni al error, al dolo, a la violencia o a la intimidación.

Éste es el criterio que se debe seguir; no lo dice la norma, pero creo que debe entenderse como una norma de orden público.

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

Carlos, ¿algún alcance?

Intervención de Carlos López Avilés

*Carlos López Avilés**

Sí, un alcance referido a un tema que mencionó el doctor Ferrando y que creo que es importante —yo lo iba a mencionar también—, que es el tema de la asignación de riesgos dentro del contrato, porque uno puede reclamar, en tanto y en cuanto no haya asumido determinado riesgo, porque si asumía el riesgo, no tiene cómo reclamar.

El problema es cuando los riesgos no están adecuadamente identificados y asignados dentro del contrato y ahí tenemos un tema importante, porque sabemos que en la contratación pública nos regimos sobre contratos estándares, que están elaborados por el OSCE y en esos contratos no se trata de la manera que debería el tema de los riesgos; entonces, hay que pensar muy bien cómo incorporar el tema de los riesgos al tema de contratación, pese a que en los contratos estándar no está el riesgo, ni en el reglamento hay una sola palabra que se refiera al riesgo; y, sin embargo, es un elemento fundamental para el tema de la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato.

¿Cómo incorporar los riesgos? Esa incorporación de los riesgos implica varias etapas, desde la formulación del valor referencial que ya debería tener incorporado riesgos por parte de la entidad; ahí también debería haber incorporación de riesgos; dentro de la propuesta del postor deben estar incorporados riesgos e identificados los riesgos, para que luego, cuando se produzca la situación, saber cuál es el camino que vamos a tomar, a quién le correspondía, dentro de qué rango estaba, yo asumí un riesgo de cuánto contra el clima, que las lluvias iban a ser de

* Ingeniero Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú, consultor de obras, perito y árbitro, autor del Manual de Contratación Pública de Obra de Consucode, expresidente del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú, gerente general de LLV Consultores y dedicado a solución de controversias contractuales.

qué rango, cuál es el tema que asumí de riesgos por conflictividad social, hasta dónde. Hay una serie de elementos.

Entonces, me parece muy bien la mención que se ha hecho al tema de riesgos, porque es fundamental para el tema del equilibrio económico financiero del contrato.

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

Gracias, yo también intentaré hacer un comentario adicional a los ya brindados, solamente para destacar que, de acuerdo a lo que señala Enrique, esta ruptura del equilibrio económico financiero del contrato requiere necesariamente de una situación de imprevisibilidad y que no esté dentro la asunción de riesgos de la parte que intenta [...].

No sé si el tema de «extraordinario» es aplicable, lo dejo simplemente ahí planteado, porque no lo ha señalado, pero no sé si Elvira en su momento lo vaya a tocar.

Ahora, pasando a la intervención de Elvira y justamente vinculado con la asunción de riesgos, dos preguntas concretas. En los contratos CPC, llave en mano y similares, en los que el contratista asume la totalidad del proyecto desde su concepción hasta su ejecución, ¿es factible argumentar el surgimiento de desequilibrio económico financiero del contrato? Y, luego, y ahora sí cayendo en la materia explícita de la norma, el artículo 34, numeral 1 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.º 30225, al tratar sobre las modificaciones al contrato establece que cuando éstas se producen por solicitud del contratista, o por disposición de la entidad, «no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada [...]» para restablecer dicho equilibrio, dentro del principio de equidad.

La pregunta es, ¿puede entenderse que en aplicación del orden de preferencia del artículo 45.3 en la solución de controversias, no es factible argumentar desequilibrio por causa distinta de modificaciones al contrato; o esta norma que está establecida de la restitución del equilibrio económico financiero en el numeral 45.3, no es tan cerrada como aparenta y puede ir un poco más allá? Yéndonos ya al principio de equidad, en general, y no al principio de equidad limitado del numeral 45.3.

Intervención de Elvira Martínez Coco

Bien, a ver, primero que nada, ¿qué cosa es para mí el equilibrio económico financiero?, ¿cómo lo entiendo? Lo entiendo como un límite a los privilegios de la administración en la fase de ejecución de los contratos públicos.

Este principio, puede ser definido como la garantía —no lo defino yo de ese modo, lo define Oelckers Camus—, como la garantía del cocontratante para lograr una igualdad entre las ventajas y las cargas que se le imponen. Para mí, el equilibrio económico financiero es, finalmente, Roma. Hay varios caminos que nos conducen a Roma y esos varios caminos pueden lograr este desequilibrio en algún momento, el rompimiento, el quiebre del equilibrio económico financiero.

¿Qué nos permite? Nos permite mantener este equilibrio económico financiero del contrato, compensando los desequilibrios que puedan generarse, o efectuando los reajustes que sean necesarios para evitar resultados indebidos o ganancias improcedentes.

Yo creo que la ley parte de una presunción de equivalencia económica inicial que es falsa, la ley está en el mundo mágico de Disney, la ley piensa que Harry Potter existe en la realidad, parte de una presunción de una equivalencia económica inicial que no se da siempre. Todos los que tenemos experiencia en arbitrajes vemos que no siempre existe esta

equivalencia económica inicial y la hemos visto claramente reflejada, sobre todo, en temas vinculados a fórmulas polinómicas; a fórmulas polinómicas en las que la entidad declara en las bases que ha efectuado la fórmula polinómica, de acuerdo con el decreto éste de vivienda antiquísimo, creo que es el único que sigue vivo hasta ahora, en el que se regulan todas las fórmulas polinómicas, los monomios, etc., cómo deben de hacerse las combinaciones.

Quienes estamos en la mesa, hemos integrado un arbitraje, con Ricardo y fue perito, justamente, en ese arbitraje, el ingeniero Carlos López Avilés, en el que declaramos fundada en un tema en el que la entidad era Provías Nacional, la pretensión del tema de la mala composición que se había dado de la fórmula polinómica. Obviamente que aquí surgió el tema de «esto ha estado desde la formación del contrato», entonces, ¿se ha quebrado el equilibrio económico financiero con posterioridad?; ¿ha estado desde la formación del contrato?

Nosotros en nuestro laudo dijimos que ninguna norma podía autorizar la aplicación al contrato de reglas contrarias a la Ley de Contrataciones y al reglamento y que, por el contrario, deben de sujetarse a este marco normativo, es decir, que no podía haber una norma como la que pretendía la entidad para que nosotros declaráramos que no podíamos ver este tema.

En ese momento, en la ley aplicable, al artículo 49 del reglamento de ese entonces, que es el artículo 17 de la actual ley, dispone que la aplicación de la fórmula debe sujetarse a lo que dice el Decreto Supremo n.º 011-79-VC. Sobre esa base, dijimos que cuando se daba la aplicación, porque se había declarado en las bases que se había sujetado que la aplicación solamente se evidenciaba en la ejecución contractual, por eso el rompimiento, el quiebre, sólo pudo verse en la fase de la ejecución contractual; es recién ahí que pudo verse el desequilibrio y nosotros lo pudimos ver.

Finalmente, el OSCE en otra decisión que aplaudo, ha reconocido que las partes de un contrato celebrado bajo el ámbito de la normativa

de contrataciones del Estado, tienen alguna controversia sobre la aplicación de las fórmulas de reajuste, pueden someter dicha controversia a conciliación y arbitraje, por lo cual el tema no debería de merecer discusión.

Tratándose de la excesiva onerosidad de la prestación, pues, sin duda, no puedo decir otra cosa que estamos frente a una de las causas que da origen al quebrantamiento del equilibrio económico financiero de un contrato, sobre todo cuando se presentan las causales que dan lugar a esto. Nosotros lo llamamos excesiva onerosidad de la prestación en nuestro ordenamiento jurídico, teoría de la imprevisión en otros, llámenlo como quieran, se presenta un acontecimiento extraordinario, imprevisible que hace que se quebrante el equilibrio económico financiero.

Son conocidos muchos laudos en el medio y están publicados en el OSCE, míos, en los que yo he amparado la excesiva onerosidad de la prestación en la ejecución de contratos en obra pública. Les voy a citar, por ejemplo, el caso de Conalvías y Protransporte en el año 2010.

¿Qué pasó en este año? Ahí declaramos fundada la pretensión principal y reconocimos que se tenían que pagar cerca de 200,000 dólares al contratista, incluido el IGV, para compensar la excesiva onerosidad de la prestación. ¿Por qué? Por la subida del acero, que era uno de los componentes principales en este contrato de obra.

Fíjense, el acero normalmente no se mueve mucho en el mercado, normalmente tiene una estabilidad en la que varía un poquito, casi nada, en veinte, en treinta, en cuarenta años, los precios no fluctúan mucho. Es muy fácil predecir cuánto va a costar el acero, se mueve un poco, se mueve menos, está dentro del rango de predictibilidad; por lo tanto, cuando uno lo valoriza, tiene que entender que en esa valorización están esos «subes y bajas» del mercado que forman parte natural de mi riesgo, del que tanto hemos hablado.

¿Cuándo se quebranta? Se quebranta cuando va más allá de lo que podíamos prever o imaginar. Si las fluctuaciones van así y, de pronto, señores, como en este caso, disculpen si les parece una grosería, «salta una teta tremenda», pues, obviamente, que ahí ha pasado algo. ¿Qué pasó? Pasó que los chinos se estaban preparando para las Olimpiadas en Beijing; como se estaban preparando, coparon el acero del mundo y el acero subió, y subió desproporcionadamente en plena ejecución del contrato y lo que costaba 10 en un momento, pasó a costar 1,000.

¿A quién teníamos que compensar con esa subida desproporcionada, por este acontecimiento extraordinario e imprevisible? Extraordinario, ¿por qué? Porque sale de lo ordinario, de lo común, de lo cotidiano; imprevisible, porque ninguna persona con sentido común podía prever en ese momento que ese acontecimiento iba a pasar en una situación futura.

¿Es posible, entonces, o no es posible amparar la excesiva onerosidad de la prestación en estos casos? Sin duda. Yo creo que lo permite la ley, lo permite el reglamento y que no solamente permite eso, sino que permite otras situaciones en las que es posible.

He escuchado decir que esto es una novedad; yo creo que no es ninguna novedad el amparar la compensación económica por el quebrantamiento del equilibrio económico financiero de un contrato, no es ninguna novedad. Lo que pasa es que ahora se le ha dado el nombre a este género, a este efecto al que se llega por distintos caminos. Repito, el equilibrio económico financiero es Roma y a Roma se llega por distintos caminos.

En nuestro ordenamiento jurídico, en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado, desde tiempo atrás se viene conociendo la posibilidad de que se puedan demandar adicionales de obra; ¿por qué?, por quebrantamiento del equilibrio económico financiero; reducciones del valor, ¿por qué?, por quebrantamiento del equilibrio económico financiero. Qué son los mayores gastos generales, sino la compensación a

una ampliación de plazo por quebrantamiento, nuevamente, del equilibrio económico financiero.

Todas esas figuras, hartamente conocidas, no son otra cosa que esto, las mismas causas que nos conducen exactamente al mismo final. Ahora se le ha dado el nombre que corresponde, un nombre que no nos debe asustar, porque lo tenemos interiorizado en nuestra legislación nacional y en nuestra práctica, desde hace mucho tiempo.

Gracias.

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

Elvira no necesitó el cartón rojo, así que tenemos un poco más de tiempo para algunas reacciones del panel, Enrique.

Intervención de Enrique Ferrando Gamarra

Gracias. A ver, no sé si discrepar o estar de acuerdo. Sobre la equivalencia inicial, yo insisto. No existe tal equivalencia inicial, porque si vamos a establecer que es exigible una equivalencia inicial, entonces, solamente sería posible celebrar el contrato con una prestación predeterminada; lo que hace el Estado es una investigación de mercado y establece un valor referencial, pero es referencial. Entonces, sale a concurso, sale a licitación, a veces sin revelar el valor referencial, y los postores van a ofrecer más, menos, uno entra con el 110%, otro entra con 98%, otro entra con el 70%, o sea, cada uno ofrece lo que cree que vale la contraprestación, algunos están renunciando a utilidades, algunos están haciendo «chicana», van al 50% y dicen «no, con los gastos generales yo me compenso, pero esta licitación la gano de todas maneras».

Entonces, sabe perfectamente que está entrando por debajo del punto de equilibrio, pero gana, entonces, la verdad es que el equilibrio queda establecido una vez que se celebra el contrato, porque es el equilibrio de ese contrato, no es que haya un precio universal; una vez que se celebra el contrato, éste es el equilibrio y éste es el equilibrio que, en todo caso, tutela la ley.

Ahora bien, entrando a cómo tutela la ley, yo no encuentro en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, la figura de la excesiva onerosidad de la prestación, está en el Código Civil; entonces, la pregunta es, ¿es un recurso que se puede utilizar siempre que se quiebra por una causal sobreviniente el equilibrio económico? De hecho, el ejemplo que escuché no es uno de causal sobreviniente, es que se calcularon mal las fórmulas polinómicas, no se cumplió con la ley, que era de orden público y, entonces, el contrato nació con un defecto, pero con un defecto con una norma de orden público, lo que han hecho ustedes en el laudo es hacer que una norma de orden público se cumpla, eso no es excesiva onerosidad.

Pero, yo sí tengo mis cuestionamientos sobre la excesiva onerosidad, es más, soy un crítico de la excesiva onerosidad, yo creo que, eventualmente, no debería estar en nuestro sistema legal, porque ¿qué cosa hace la excesiva onerosidad? Lo que hace la excesiva onerosidad, básicamente, es que si la adversidad me toca, yo se la puedo trasladar al otro, eso es básicamente, o sea, si el rayo me va a caer, yo hago una movida para que le caiga al otro.

Nuestra legislación no es extraña a ese tipo de figuras. En responsabilidad civil extracontractual existe, por ejemplo, el estado de necesidad, que es que si me va a caer una piedra y yo le rompo el carro a él, no tengo que indemnizarlo porque era un estado de necesidad, yo tenía que romperle el carro para que la piedra no me caiga y no le pago ninguna indemnización y yo no sé por qué, si le rompo el carro, tengo que pagarle.

Entonces, la excesiva onerosidad de la prestación es una forma de trasladar la adversidad que a uno le va a tocar al otro; pero, bueno, está en el Código Civil, no lo voy a cuestionar.

Finalmente, hay excesiva onerosidad, probablemente van a haber muchas situaciones en las cuales hay excesiva onerosidad, la pregunta es si yo siempre puedo alegar excesiva onerosidad para reajustar una prestación con el Estado, como está en la ley, voy a poder hacerlo. La segunda pregunta es, ¿lo puedo hacer en arbitrajes? De hecho hay laudos sobre la materia, yo no estoy seguro, no tengo claridad sobre el asunto, para mí el convenio arbitral debe interpretarse restrictivamente, o sea, la regla es que uno tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el Poder Judicial y, por excepción, uno pacta el arbitraje. En este caso, tenemos arbitraje de acuerdo a ley, pero la cláusula arbitral es para las cuestiones contractuales, o sea, validez del contrato, ejecución del contrato, interpretación del contrato, ineficacia del contrato, todos son aspectos del contrato.

Entonces, la fuente del derecho de la excesiva onerosidad de la prestación, no es el contrato, es la ley; entonces, yo estoy discutiendo una salida, una ventana que me da la ley para obtener una prestación adicional; y ¿por qué lo podría someter a arbitraje?, o sea, ¿cuál sería la ventana que me permite discutir esto en arbitraje?, yo más bien pienso que tendría que discutirse esto en el Poder Judicial.

Intervención de Carlos López Avilés

Quería hacer un comentario, Elvira no se tomó los diez minutos, porque no contestó la última pregunta, que es si se aplica o no en casos distintos a la modificación del contrato. Pero, no la critico, me da pie a poder expresar mi opinión sobre ese punto.

Todo depende de qué cosa se interprete como la modificación del contrato. La Ley de Contrataciones en el artículo pertinente, que es el 34, si no me equivoco, dice que el contrato podrá modificarse por orden de la entidad o a pedido del contratista para obtener de una manera más eficiente y oportuna el cumplimiento de la obligación, siempre que ese pedido del contratista sea aprobado por la entidad y no modifique el equilibrio económico financiero del contrato; pero luego agrega que si se rompiera, la parte beneficiada compensará a la parte beneficiada, justamente apelando al principio de equidad.

Pero, ¿qué cosa es, entonces, la modificación del contrato?, ese artículo continúa, empieza en el 34.1 y creo que termina en el 34.5 y determina diversos casos de escenarios de modificación del contrato, para el contrato de bienes, para el contrato de servicios, para el contrato de consultoría y termina en el contrato de obra.

En el contrato de obra, lamentablemente, y es parte de lo que voy a exponer cuando me toquen mis diez minutos, se refiere casi exclusivamente a la ampliación de plazo, yo diría que exclusivamente a la ampliación de plazo. Y ese reconocimiento de mayores costos directos de gastos generales, lo ubica sólo para el contexto de ampliación de plazo, que no es la única causa de modificación de un contrato, podrían haber otras, pero eso ya lo dejaré para mis diez minutos.

Intervención de Elvira Martínez Coco

Yo creo que lo dejamos para más adelante, pero creo que es importante que recurramos también al reglamento, porque el reglamento cuando desarrolla en su capítulo IV, justo el aspecto de modificaciones del contrato, trata en el artículo 139 ¿qué cosa?, los adicionales y las reducciones, que es justamente lo que estamos hablando, que es una modificación al contrato que rompe el equilibrio económico financiero.

En el artículo 140 ¿de qué habla?, de lo que justo has dicho ahora Carlos, de la ampliación de plazo contractual; pero el artículo 142, que probablemente es en el que deberíamos centrarnos, es el que más nos importa, dice «otras modificaciones» y ¿qué dice en «otras modificaciones»? «cuando no resulten aplicables los adicionales, las reducciones y ampliaciones —y aquí está la caja de pandora—, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato —y creo que aquí está la base para que ingrese la excesiva onerosidad de la prestación, sin ninguna duda, siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes —que es justo una de las características de la excesiva onerosidad de la prestación— al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a algunas de las partes, y que permitan alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto del contrato. Cuando la modificación implique la variación del precio —que, obviamente, es lo que corresponde—, debe ser aprobada por el titular de la Entidad».

Y para responder a la preocupación de mi buen amigo Kike Ferrando, cuando la resolución del titular no es denegada, ¿qué puerta se abre, señores? Se abre la puerta del arbitraje, sin ninguna duda.

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

Estamos casi todos de acuerdo, hay consenso, me parece, en que necesitamos que exista una causa imprevisible, que sea casi extraordinaria y que haya una modificación. Pero, hemos hablado también de que hay situaciones que son externas y que no son por sí mismas una modificación contractual, sino que son un factor externo que conlleva una modificación del equilibrio, que es una situación distinta que no está prevista explícitamente en la norma y tenemos que andar por otro lado.

Es decir, el equilibrio económico financiero del contrato pareciera que si bien podemos ir por un camino distinto, como dices tú, a Roma, no está, precisamente, el tema de modificaciones al contrato.

Y yo solamente quiero —antes de cederle la palabra a Enrique y seguro a Elvira, porque va a volver a replicar—, es lo siguiente: ¿cuándo se puede ir a solicitar la restitución del equilibrio económico financiero?, ¿cuándo pierdo un punto de mi utilidad?, ¿cuándo pierdo medio punto de mi utilidad?, ¿cuándo pierdo 0.1 de mi utilidad?, ¿cuándo estoy en capacidad de poder decir «necesito que me restituyan el equilibrio económico financiero»?; porque si bien pudiéramos compartir la teoría de Enrique o la teoría de Elvira, lo cierto del caso es que en el momento en que se celebró el contrato las partes asumieron, aunque sea para ese contrato y para esa prestación y contraprestación, que estaban ambos satisfechos. Kike, Elvira.

Intervención de Enrique Ferrando Gamarra

Justamente, empezando por tu última pregunta, no es que haya una tolerancia, no es que esté permitido que yo pierda 1, 20 ó 30 y a partir de 31 ya reclamo. Si es mi derecho reclamar 1 dólar, lo voy a reclamar y si es mi derecho no perder un centavo, no lo voy a perder, porque es mi derecho, o sea, no hay tolerancia. Acá cada uno tiene que asumir sus prestaciones en su justa medida y en la forma en que han pactado.

Yo lo que creo es que el análisis es al revés cuando estamos hablando de modificación del contrato y de equilibrio económico financiero, porque en esta discusión parece que la preservación del equilibrio económico financiero fuera una finalidad tutelada por la norma bajo cualquier circunstancia, y eso no es así.

Lo que tutela la norma es el cumplimiento de los contratos y la norma es consciente, la norma prevé que van a haber circunstancias que van a impedir y obstaculizar la ejecución del contrato y tiene soluciones. La solución que está en el artículo 34, es la modificación del contrato, pero la modificación del contrato requiere un nuevo acuerdo de voluntades, no es automática, y para que haya un acuerdo de voluntades,

y corrijo ahí el artículo 34.1 no dice «si no modificamos el contrato, por lo menos conservemos equilibrio económico financiero», no, no dice eso; lo que dice es: en las modificaciones tratemos de no alterar el equilibrio económico financiero original, eso es lo que dice: «dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada».

Entonces, la modificación es la que debe preservar ese equilibrio, no debe romperse, lo cual, además, es difícil con esta ley, porque ustedes saben que esta ley cuando habla de ampliaciones, cuando habla de prestaciones adicionales, las cotiza a los valores originales y eso no juega así; pues, o sea, normalmente un contrato de obra, por ejemplo, cuando hay que contratar prestaciones adicionales, más soldadores, más acero, más esto, más lo otro, todo cuesta diferente, no puedo respetar los precios originales.

En ocasiones se pierde la ventana climática, se va a transportar todo esto a un punto de la selva y el transporte se va a hacer entre noviembre y abril, porque ahí llueve y el río es navegable, después viene una demora y el río no es navegable, hay que esperar a noviembre próximo y llevar todo en helicóptero.

O sea, los precios no son iguales, las eficiencias no son iguales, o sea, veinticinco soldadores que hacen cuatro soldaduras por hora, no van a producir el doble si son cincuenta, probablemente, ahí va a bajar la eficiencia y no van a ser cuatro, sino tres soldaduras por hora.

Entonces, esas son realidades en el mundo del contrato de obra, pero que la ley no contempla, porque la ley asume *a priori* que hay que contratar con los precios originales; pero, por otro lado está diciendo «hay que preservar el equilibrio económico», o sea, hay cosas acá de difícil ejecución, porque hay una aspiración, pero la ley le pone la camisa de fuerza al Estado y al contratista y lo hace, precisamente, para que

el contratista no se aproveche, o sea, le cierra ventanas para que no se juegue con la mala fe.

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

Bien, gracias Enrique. Elvira.

Intervención de Elvira Martínez Coco

Nada, totalmente de acuerdo con lo que acaba de decir Kike.

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

No puede ser, ja, ja, ja

Intervención de Elvira Martínez Coco

Sí, totalmente de acuerdo con lo que acaba de decir Kike. Vayamos a otro punto en el que peleemos.

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

Ok. Corresponde ahora la intervención de Carlos López; es ingeniero y nos va a dar una visión, desde el ángulo técnico de este tema del equilibrio económico financiero.

Para eso, le hemos formulado algunas preguntas, que las vamos a volver a decir en voz alta. ¿Un supuesto de *disruption* podría generar la alteración del equilibrio económico financiero del contrato?, ¿cómo

se puede restablecer el equilibrio económico de un contrato cuando lo que se ha afectado son los costos directos y cómo cuando la afectación es de los gastos generales?, ¿la reprogramación rutinaria de la obra es una forma óptima de controlar el equilibrio económico financiero del contrato? Carlos, tus diez minutos.

Intervención de Carlos López Avilés

Bien, vamos a hacer la visión técnica del asunto, por lo menos, como yo la veo como ingeniero. Ya suficiente confusión nos han causado los abogados, pero veamos lo que realmente ocurre en la vida real, porque ¿quiénes administran el contrato?, los ingenieros, el residente, el supervisor, el administrador del contrato; ellos son los que administran el contrato y los que tienen que aplicar todos estos conceptos, hasta que llegan los abogados y los confunden. Si no pueden convencer, confunden.

Entonces, desde el punto de vista técnico legal, primero quiero introducir un concepto que proviene del mundo de la gerencia de proyectos, que es la triple restricción. ¿Qué cosa es la triple restricción?, es la relación que existe entre alcance, precio y plazo, que son los tres elementos fundamentales del contrato. El alcance, en el caso de obra, expresado por el expediente técnico; el precio, que coincide, es el de la oferta ganadora; y, el plazo, que generalmente en el Estado, por lo menos, es impuesto por la entidad, nadie puede ofrecer un plazo distinto al que la entidad propuso.

Entonces, en el momento de la oferta ganadora, uno propuso, uno ganó, firmaron contrato y, coincido, se supone que están en equilibrio y la triple restricción significa que si uno varía, es muy probable que cualquiera de los otros dos o los otros dos también varíen, y ahí sería donde se rompería el equilibrio económico financiero del contrato.

La pregunta que me hace Ricardo es en relación a un concepto que es la disrupción o *disruption*, si puede generar la alteración del equilibrio económico financiero del contrato, lo cual nos lleva a tener que definir qué cosa es una disrupción, desde el punto de vista de lo que estamos hablando, no la definición genérica, sino aquélla que está dentro de los fines del manejo de un contrato.

La definición que he encontrado es que es una situación que impacta en el progreso del trabajo, afectando la eficiencia y la productividad que de otra manera se hubiera conseguido, sea que afecte o no el plazo contractual o el plazo esperado por el contratista. Entonces, es un impacto sobre el progreso, que afecta lo que si no se hubiese producido, no se hubiera afectado. Ése es el concepto de la disrupción y que pudiera afectar o no el plazo contractual o el plazo esperado por el contratista, que no necesariamente son lo mismo; una cosa es el plazo contractual y otra cosa es el plazo que el contratista espera invertir para lograr su obra.

Entonces, la disrupción, al afectar el progreso, afectando eficiencia y productividad, a mi juicio, evidentemente, afecta el equilibrio económico financiero del contrato, que se logró a través de ciertas presunciones de efectividad y de productividad que estaban expresadas en los precios unitarios. Cuando uno calcula los precios unitarios de una obra, se basa en un rendimiento que proviene de una productividad esperada.

Pudiera ser —valga la aclaración, porque luego lo voy a tratar— que uno lo haya puesto mal o se haya equivocado, pero en ese momento eso era lo que estaba en equilibrio, o sea, yo me equivoqué en la productividad o en el rendimiento y ése fue mi precio; bueno pues, ese precio está en equilibrio, aunque esté mal calculado. Pero, después eso deberá tener un efecto cuando tratemos de restituir el equilibrio. La pregunta será ¿hay que restituirlo a ese rendimiento equivocado o hay que restituirlo a un rendimiento esperado, o a un rendimiento óptimo? Veremos dentro de un momento el asunto.

Entonces, insisto, siendo ése el concepto de disrupción, afecta el equilibrio económico financiero del contrato y viene la segunda pregunta, ¿será compensable? Ahí coincido con lo que se mencionó, depende de cuál es el riesgo que cada una de las partes asumió dentro del contrato, porque que algo suceda y afecte el ritmo, será pues, algo que sucede y afecta el ritmo, será de la naturaleza, un acto de Dios, lo que quieran; pero, ¿tendré derecho a la compensación?, habrá que ver si eso estaba dentro de mi riesgo o no y, además, si es imputable o no es imputable a la parte que se vería afectada.

Ahora, estas afectaciones pueden afectar el costo directo o los gastos generales, como es la segunda pregunta que hace Ricardo, ¿cómo se puede restablecer cuando los afectados son los costos directos y los gastos generales?

Yo diría que esta pregunta merece dos tipos de respuesta. Uno, cuáles son los mecanismos aplicables; y, otro, en qué casos habría que aplicar esos mecanismos.

Las posibles afectaciones del costo directo son variadas. Una afectación, por ejemplo, es si ha habido una paralización, hay una afectación de los costos directos; otra es si ha habido una pérdida de productividad, es decir, no se ha paralizado, pero no se ha producido lo que se esperaba producir debido, justamente, a la disrupción.

Otra posibilidad que es un tanto ajena a éstas, es la variación de las cantidades finales de obra. Si yo tengo que hacer 10,000 m³ de concreto en un año, el costo por m³ será 1; pero, si tengo que hacer los mismos 10,000 m³ en dieciséis meses, el precio unitario de cada uno es distinto. Ahora, si en los diez meses, yo debería hacer 10,000 m³ y resulta que hago 15,000 m³, probablemente, el valor por m³ que me corresponde, me está beneficiando, pero si solamente me dan 8,000 en los mismos meses, entonces, ¿se dan cuenta?, hay toda una relación que en nuestra legislación no tiene solución, entre la cantidad final y el precio inicial.

Por ejemplo, los contratos Fidic, que son los contratos que se usan en convenios internacionales, sí tratan este tema. Si la cantidad final de una partida, se mueve más de un determinado porcentaje y, a su vez, afecta más que un determinado porcentaje al monto total, sí se puede generar una modificación del precio, para arriba o para abajo, dependiendo de quién sea el afectado.

Nuestra legislación esto no lo tiene; pero, como ven, hay varias formas de posibles afectaciones del costo directo; por lo tanto, hay varias formas de enfrentar el tema.

Para resumirlo, el más complicado, que es la pérdida de productividad, tiene un mecanismo que ya está casi aceptado, digamos, internacionalmente se usa, que es el «método de la milla medida». El «método de la milla medida», es un método que significa comparar la producción en una etapa donde no hubo interrupciones *versus* una etapa donde sí hubo interrupciones y la diferencia entre las dos, es la pérdida de productividad; no se compara con la oferta, en ningún caso, porque la oferta pudo haber estado bien o mal. Entonces, se comparan dos situaciones, la mejor que tuve con la que tuve afectada, y la diferencia es la pérdida de productividad.

Sobre el otro concepto, que es el gasto general variable, la norma nacional eliminó los mecanismos anteriores y se ha ido a la acreditación, solamente gastos generales variables acreditados; pero señala, luego, algo que a mi juicio no es lo mejor «y que correspondan a conceptos incluidos en la oferta del contratista si el contrato fue a precios unitarios —lo cual está bien— o al valor referencial, si el contrato fue a suma alzada». Sobre esa parte yo me encuentro disconforme, porque basta que la entidad en su valor referencial no haya considerado un concepto de gastos generales variables y no sería reclamable, por más que sea un concepto real.

Hay toda una teoría sobre cómo acreditar, pero como le dije a Ricardo, necesitaríamos ocho horas de congreso para eso y, obviamente, no las tenemos. Pero, en general, diría que la acreditación se puede hacer de tres maneras, o con documentos, o con cálculos, o con porcentajes.

Y la última, ya que tengo sólo un minuto, ¿la reprogramación rutinaria de la obra es una forma óptima de controlar el equilibrio económico financiero del contrato? Yo no estaría de acuerdo con decir «de controlar», pero sí de cautelar y vigilar, ¿por qué? Porque la norma actual, tal como está, no nos permite hacer esta reprogramación rutinaria de la obra, sino que nos obliga a comparar una situación actual con un programa original o modificado por ampliaciones de plazo, programa que a lo largo de la ejecución de la obra, se ha podido ir distanciando de la realidad y se llega a situaciones en que la comparación, en realidad, ya no tiene ningún sentido; mientras que si las reprogramaciones de las obras fueran permanentes, rutinarias y conforme se fueran necesitando, el mismo contrato se iría acomodando a la realidad y la posibilidad de pedir ampliaciones de plazo, muchas veces tratando de ampararse en un programa que ya no tiene vigencia, disminuirían.

Podría ser un mecanismo, como digo, no de controlar, pero sí de vigilar que el equilibrio económico se trate de ir manteniendo. Por supuesto, si la situación es extrema, vendrá el pedido de ampliación de plazo y los reconocimientos de mayores costos y gastos generales, pero sí sería un mecanismo de control y de anticipación bastante útil.

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

Gracias, Carlos. Tenemos unos cuatro minutos, últimas reacciones del panel, ¿Elvira?, ¿Enrique?, ¿alguien que desee agregar algo antes de dar por culminada la mesa?, ¿no? Una pregunta del público.

PREGUNTA DEL PÚBLICO: No estoy familiarizado con el asunto, pero he escuchado que hay un *software* disponible, no sé si está en castellano, que permite meter el expediente técnico, para que sea evaluado técnicamente y permite, eventualmente, adelantar riesgos, o sea, inteligencia artificial para dejar de pelearnos entre abogados en arbitraje y que sea un *software* el que te diga «esto está bien, esto está mal, tiene estos riesgos» y te puede asistir, pero antes de firmar el contrato. No sé si alguien está familiarizado con esto.

Intervención de Carlos López Avilés

Sí, es una tecnología que se llama BIM, que permite hacer modelaciones que uno puede ver, no sé si el término será el correcto, en realidad virtual, cómo se va a ir construyendo, para poder ir identificando los posibles problemas que se pueden ir presentando, porque las obras y la ingeniería —contra lo que muchos piensan—, no es una ciencia exacta.

Intervención de Elvira Martínez Coco

¿Y eso llega a identificar hasta las interferencias, por ejemplo?

Intervención de Carlos López Avilés

Puede llegar a identificar las interferencias. Los que hacen los expedientes técnicos deberían usarlo. Los riesgos ya no serían imprevisibles.

Intervención de Elvira Martínez Coco

Ay, sería una maravilla; nos quedamos sin chamba, no hay arbitraje.

Intervención de Enrique Ferrando Gamarra

Ya encontraremos por qué pelear.

Intervención de Carlos López Avilés

Hay contratistas que ya están diseñando sus proyectos con BIM.

Intervención de Enrique Ferrando Gamarra

El sector privado lo usa también.

Intervención de Ricardo Rodríguez Ardiles

Muy bien. Muchas gracias, entonces, a los miembros del panel.

5. TERCER PANEL: PROBLEMÁTICA DE LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS EN LOS ARBITRAJES CON EL ESTADO

Derik Latorre Boza (moderador)

Gonzalo García-Calderón Moreyra (ponente)

Julio Martín Wong Abad (ponente)

Ricardo Gandolfo Cortés (ponente)

Palabras de presentación del panel de Rigoberto Zúñiga

Para cerrar el día de hoy, damos la bienvenida al tercer panel de nuestro congreso, denominado «Problemática de la ejecución de los laudos en los arbitrajes con el Estado».

Siempre se escucha que uno puede ganar un arbitraje, pero el mayor reto, a veces, es cobrar el laudo y, sobre todo, cobrarlo a tiempo. Ésta es una problemática muy usual en nuestro país y que será atendida por este panel desde diversos puntos de vista, desde el análisis de la normativa presupuestal del Estado, el orden de prelación de los pagos y los mecanismos legales de cobro que se tiene para que se puedan ejecutar los laudos en contra del Estado.

Para ello, dejo la palabra al moderador del panel, el doctor Derik Latorre.

Intervención de Derik Latorre Boza

*Derik Latorre Boza**

Muy buenas noches con todos y todas, también con mis colegas del panel. Bueno, vamos a tener que pasar rápidamente al panel, a la discusión, toda vez que tenemos poco tiempo. No quiero dejar de agradecer, como siempre, la invitación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú para tener a cargo la moderación de este panel.

Yo acabo de entregar a mis colegas un caso y me voy a tomar un minuto en explicarlo, pero no quiero dejar de plantear también las preguntas que la organización sugirió para este panel.

Las preguntas sugeridas son concretamente las siguientes, ¿cuál es la diferencia y relación entre ejecutabilidad y ejecución del laudo arbitral?, ¿cómo influye esta diferencia en el cumplimiento del laudo arbitral?, ¿qué tan complejo es lograr que el Estado cumpla con un laudo arbitral?

Pero, al mismo tiempo, quiero destacar que hay dos supuestos que nos podrían plantear esta problemática de ejecución del laudo. Uno primero es, qué sucede si la parte obligada no cumple con lo ordenado en el laudo arbitral. En este caso, la norma de arbitraje tiene prevista la posibilidad de una ejecución forzosa, que puede darse a nivel arbitral,

* Abogado egresado y titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especializado en contrataciones públicas, derecho de la construcción y arbitraje. Máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad Castilla La Mancha, España; con estudios culminados en la Maestría de Ciencia Política con mención en políticas públicas y gestión pública. Actualmente, es socio del Estudio Juárez, Hospinal & Latorre. Asimismo, es árbitro en el Registro de Árbitros del OSCE y árbitro y conciliador en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Exsuperintendente Nacional de la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (Sucamec) y exvocal y expresidente del Tribunal de Contrataciones del Estado.

ejecución arbitral, siempre y cuando haya acuerdo entre las partes o el reglamento de la institución arbitral así lo disponga, y que en todos los casos procederá esta ejecución arbitral; salvo, como excepción, los casos en que se requiera del concurso o del apoyo de la fuerza pública, en donde la ejecución tendrá que ser exclusivamente judicial.

En el caso de la ejecución judicial, tenemos que el competente va a ser el juez subespecializado en lo comercial y ahí tendríamos también algunos casos que se están presentando curiosos, en los que los jueces exigen como requisito para la ejecución de un laudo y aprovechando la presencia de Martín, creo que es importante, exigen como requisito para la ejecución de un laudo arbitral, la resolución con la que el tribunal arbitral haya declarado consentido el laudo arbitral. Éste es un tema que a mí me ha llamado bastante la atención.

El segundo supuesto es si lo ordenado en un laudo arbitral resulta siempre ejecutable, porque habrían laudos que podrían resultar inejecutables, Uno primero sería el laudo arbitral en el que no se ha decidido de manera completa, integral, la controversia, y deja para actos posteriores el completar la decisión, por ejemplo, cuando se decide otorgar a una de las partes una indemnización, pero no se establece el *quantum* indemnizatorio y se dice que las partes definirán esto, entonces, ¿en qué quedaron?, ¿cómo se va a ejecutar?

Pero, un tema que me preocupa más es el de los laudos fraudulentos. Ahí paso a este caso que me he permitido plantear a mis colegas.

Es el siguiente, lo resumo rápidamente. Un consorcio conformado por las empresas 1, 2 y 3, suscribe un contrato con una entidad; se empieza la ejecución del contrato, surgen una serie de problemas, la entidad resuelve el contrato por incumplimiento de este consorcio, el consorcio inicia un arbitraje, la entidad reconviene en el arbitraje y solicita que se declare primero resuelto el contrato y, en segundo lugar, como una pretensión subordinada, que se declare nulo el contrato, por

cuanto el consorcio habría presentado documentación falsa para la suscripción del contrato.

El tribunal arbitral decide ratificar la validez de la resolución del contrato y peculiarmente dice que no tiene competencia para decidir si el contrato es nulo o no, porque esa nulidad de oficio es de competencia exclusiva del titular de la entidad.

Bueno, por otro lado, en paralelo habiendo concluido el arbitraje, el Tribunal de Contrataciones sanciona a las empresas 1 y 2, porque se ha acreditado que presentaron un contrato de consorcio con una firma falsificada de la empresa 3, que nunca consintió ser parte de este consorcio. Entonces, se sanciona a estas dos empresas.

La pregunta que yo planteo a mis colegas es que si este laudo es ejecutable, ¿a favor de quién?, si el consorcio no existió nunca y la entidad —pregunto— deberá cumplir a favor de alguien que no fue parte del contrato, ni del arbitraje, el consorcio, por decirlo de algún modo, 1 y 2.

Yo con esto concluyo y otorgaría el uso de la palabra por mi izquierda, empezando por Ricardo Gandolfo, continuamos con Martín y, finalmente, con Gonzalo.

Muchas gracias.

Intervención de Ricardo Gandolfo Cortés

*Ricardo Gandolfo Cortés**

Muchas gracias. Yo quisiera empezar agradeciendo al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por la invitación, a todos los presentes

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, experto en contratación pública; editor del semanario electrónico *Propuesta*. Director de la Asociación Pe-

por su paciencia y al doctor César Guzmán-Barrón, naturalmente, por su perseverancia en la dirección del centro.

El tema que se me ha propuesto tratar es el tema de la ejecución de los laudos. La verdad es que yo pensaba que iba a ser el último en hablar y, realmente, debo agradecer a Derik que me haya cedido el uso de la palabra en primer lugar.

Lo que se me pidió fue que contara algunas experiencias respecto a la ejecución de laudos, que creo que es bastante interesante para graficar la problemática por la que se pasa.

Hay una frase que podría resumir la conducta de algunos funcionarios de la administración pública, no digo de todos, porque sería una generalización injusta; pero, hay algunos malos funcionarios que se guían por esa frase, que podría resumirse de la siguiente manera: «las deudas viejas no se pagan y las nuevas se dejan envejecer». En realidad, es una frase que se atribuye a un empresario de éxito en el mundo de las comunicaciones, pero lo cierto es que es perfectamente atribuible y perfectamente comparable al mundo de la ejecución de los laudos.

En ese sentido, permítanme contarles algunas experiencias, que están relacionadas fundamentalmente a mi actuación, no como árbitro, donde, generalmente, no se ven las consecuencias de la conducta que uno tiene, o sea, uno como árbitro dirige un proceso de reclamación, se realizan las audiencias, se emite el laudo, eventualmente, se toma conocimiento de que va el recurso de anulación al Poder Judicial, un trámite que se ha convertido en una instancia más del proceso y, luego, probablemente, toma conocimiento de que no se ha anulado felizmente el laudo y que ahí está, pero de ahí no se sabe nunca más nada.

ruana de Consultoría. Conferencista, árbitro y consultor internacional; asesor de empresas y de entidades públicas y privadas.

Cuando no eres árbitro y eres abogado litigante, pasas mayores peripecias, porque obviamente sigues todas esas instancias y, de pronto, te encuentras con que tienes el laudo ya ratificado por la corte y te encuentras imposibilitado de ejecutarlo. Entonces, te enfrentas a esa realidad de que quieres ejecutar tu laudo y no puedes y no se te paga.

Ésa es una realidad que confrontan muchos abogados que litigan y, claro, a veces algunos te dicen «oye, pero lo que sucede es que el Estado siempre pierde y que por eso vienen los problemas y por eso es que también el Estado tiene derecho a no pagarte cuando estima que no es conveniente».

Primero que eso de que el Estado siempre pierde, no es verdad. Hay estudios, uno de la Universidad Católica y otro de la Contraloría General de la República, que demuestran perfectamente que ésa no es la realidad, están más o menos «taz con taz», porque si los particulares reclaman al Estado como 100, al final, en las sumas y restas, se llega a la conclusión de que como 50% se le concede al Estado y 50% se le niega, con el agravante de que en el 20% de los casos, lo que le reclama el proveedor o el contratista al Estado, se le niega absolutamente todo, reclama 100 y se le da 0.

Esto demuestra, además, que las entidades del Estado se defienden mucho mejor de lo que se piensa. En buena hora por ellos. Pero, también es cierto que hay otra cosa que siempre digo, no es que el Estado siempre pierda, lo que sucede es que en el 90% o 95% de los casos, el Estado es demandado y no demandante. ¿Por qué?, porque el arbitraje se ha constituido, en contratación pública, en el único mecanismo que tiene el particular, el contratista o el proveedor para intentar restablecer el equilibrio del contrato, que puede deteriorarse a lo largo del desarrollo del mismo.

¿Cómo así? Por ejemplo, si el que incumple sus obligaciones es el contratista, el Estado o la entidad del Estado, no tiene que tomarse la molestia de llevarlo a arbitraje para ajustarle el cuello, tiene cinco accio-

nes que puede tomar contra el proveedor, para obligarlo a que se alinee, si es que está conduciéndose mal. Lo primero que hace el Estado es dejarle de pagar, con lo cual le coge la yugular. En segundo lugar, le aplica las penalidades previstas en el contrato, con lo cual lo empieza a ajustar más. En tercer lugar, le resuelve el contrato, con lo cual lo deja medio muerto. En cuarto lugar, ya le resolvió el contrato, ahora le ejecuta las fianzas, con lo cual lo destroza económicamente. Finalmente, para ya rematarlo y asegurarse de que no resucite, lo manda al Tribunal de Contrataciones del Estado para que lo inhabiliten para contratar con el Estado.

Fíjense ustedes, cinco acciones que puede tomarse la entidad del Estado, sin tomarse la molestia de tener que llevarlo a arbitraje.

En cambio, cuando quien incumple es la entidad del Estado, que en ocasiones también incumple, ¿el contratista qué puede hacer?, ¿puede aplicarle penalidades?, ¿resolver el contrato?, ¿mandarla al OSCE? No, lo único que puede es tocarle la puerta y decirle «señor, por favor, vamos a arbitraje».

Entonces, ésa es la razón por la cual en el 95% de los casos, es el proveedor el que reclama en arbitraje y es la entidad del Estado la que es la demandada.

Pues, bien, entonces, veamos unos casos, unos casos simples. Por ejemplo, uno anecdótico, un arbitraje en el que yo era abogado de la defensa, que duró cinco años, evidentemente, un plazo excesivo, no es habitual que duren así los arbitrajes, pero bueno, duró cinco años, con la anécdota adicional de que empezamos con un tribunal y terminamos con otro.

¿Cómo así? Bueno, a uno de los miembros del tribunal, la entidad del Estado en mención lo presionó, lo empujó a que se retire, cedió a las presiones y renunció; un segundo árbitro falleció en el curso del proceso arbitral, cinco años; y, finalmente, el último, el presidente que había

sido elegido en mérito de sus cualidades profesionales, en mérito de ser presidente o decano de un colegio profesional, tuvo que apartarse porque —ya había dejado de ser presidente de ese colegio profesional—, él dijo que ya había pasado mucho tiempo, ya tenía una edad avanzada y quería retirarse y el único motivo que lo tenía afincado en el país, era este asunto. En fin, cambiamos de tribunal arbitral, fue otro distinto.

Pero, el asunto es que la entidad del Estado, de pronto, ya con el laudo consentido, confirmado en la corte, tenemos que el laudo no se puede ejecutar, pero la entidad nos llama y nos dice «quiero pagar», «caramba, que gusto». Pero, de pronto, empezamos las negociaciones y nos dicen «no te voy a pagar los intereses —que me costó mucho sacrificio en el proceso arbitral conseguir que se reconozcan— y del principal te pago el 80%, no te pago el 20%, me lo descuentas, un descuento comercial y, del saldo, te pago el 40% a la hora de firmar la transacción y el saldo en cómodas cuotas trimestrales», diez cuotas trimestrales, ¡Dios mío!

Bueno, frente a esa realidad, lo único que tienes que hacer es o lo tomas o lo dejas. Entonces, como tú de pronto asesoras a una empresa y esa empresa no vive de los litigios, ni vive de estar confrontando con las entidades, vive de tener que pagar sus planillas, de tener que invertir en sus trabajos; acepta, firma. Pero, queda la curiosidad, ¿de dónde surgió esa generosidad?, si es que se puede llamar así, generosidad de esos funcionarios públicos de invitarte a pagar, porque tranquilamente podrían seguir sin pagar y vivir tan tranquilos.

Pues bien, había una explicación. Si durante tres años consecutivos esa entidad del Estado, tenía sus presupuestos en rojo, o sea, consignando deudas notorias, el ministerio del sector la intervenía y esos directores eran despachados a su casa. Entonces, los señores tenían que poner su balanza en azul y la única manera de ponerlo en azul, era pagándonos, había que llamarte y decir «oye, vamos a poner esto que está en rojo en azul», pero masacrándote, tasajeándote la deuda y pagándote de esa manera.

Ésas son las realidades que los estudios no registran, o sea, te dicen «tanto pierde el Estado, tanto gana, tanto esto», pero no te dicen cuándo paga ni cómo paga. Yo invitaría a las entidades que se especializan en realizar esta clase de estudios, a hacer esa clase de investigaciones y a poner las cosas en su justa dimensión, eso es lo que nos falta.

Tendría otros ejemplos para contarles, pero creo que el tiempo va avanzando. Creo que eso es suficiente para tomar conciencia de los problemas que confronta la ejecución de laudos.

¿Cuál es la solución?, una de ellas creo, para no dejar el problema planteado, sino dar un intento de solución; una de ellas es empoderar al tribunal arbitral. La Ley de Arbitraje dice que el tribunal arbitral está facultado para ejecutar el laudo y, claro, dice que no debe hacerlo cuando tenga que recurrir a la fuerza pública; pero a la fuerza pública, en ejecución de laudos o en ejecución de sentencias, se recurre cuando tienes que romper una casa, romper una puerta y lanzar a los habitantes fuera, porque es un juicio de desahucio, pero en un asunto que es puramente comercial, donde hay cuentas de por medio que puedes embargar y ordenar pagos, creo que esto es perfectamente posible.

Muchas gracias.

Intervención de Derik Latorre Boza

Muchas gracias, doctor Gandolfo, disculpe la rigidez con el tiempo, pero no tenemos. Lo que sí, es que no ha contestado el caso.

Pasamos ahora con Martín Wong. Él es magistrado; entonces, su presencia acá es bastante importante también por la mirada desde esa perspectiva judicial. Diez minutos, por favor.

Intervención de Julio Martín Wong Abad

*Julio Martín Wong Abad**

Muchas gracias, primero que nada, agradecer al centro de arbitraje por la invitación y sumarme al homenaje a don César. Realmente, todos los que conocemos a don César, lo estimamos, lo apreciamos y somos de alguna manera, merecedores de su generosidad.

Les cuento una anécdota, a pesar de que voy a perder tiempo valioso en la exposición. Hace dos o tres años estaba por publicar un libro sobre motivación de laudos, que es un tema que sé que no es muy atractivo para los señores árbitros, y don César al escuchar que yo estaba por terminar el libro, tuvo la gentileza, sin conocerme de mucho, había sido mi profesor hace muchísimo tiempo en la universidad, tuvo la generosidad de brindarme el local del centro para la presentación del libro y el marco fue fabuloso, justamente, por esa tan generosa invitación. Quería reconocer esto y ojalá que veamos su sabiduría en todo el trabajo que sigue más adelante en su exitosa vida profesional y espero que nos brinde mucho conocimiento todavía.

A ver, eso de los requisitos ha cambiado. Seguramente, al principio, los jueces comerciales o tal vez los jueces civiles que ejecutaban laudos tenían dificultad para entrar en el tema de la ejecución. Ahora, me parece que la justicia comercial está mucho más madura; y, por tanto, no hay muchos problemas en estos temas de requerir documentos que no estaban en la norma. Eso, me parece, ha hecho a los jueces comerciales mucho más conscientes.

Yo he trabajado en las salas comerciales tres años, en intervalos, y sigo de cerca la labor de los juzgados comerciales, porque el tema de ar-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Expresidente de la Primera Sala con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

bitraje siempre me ha llamado la atención. Entonces, les voy siguiendo la pista a mis colegas. Como le decía a un amigo en el intermedio, el hecho de no estar en las salas comerciales, me da una gran ventaja, puedo criticar a los jueces sin ningún problema y mis colegas me consienten algunas exageraciones.

No están actuando mal, me parece, los juzgados comerciales, no están presentando algunos temas, digamos, difíciles o complicados para iniciar la ejecución.

Yo hice una pequeña encuesta entre mis amigos, los muchos amigos que tengo en las salas y juzgados y ellos han identificado algunos temas que más o menos son los más recurrentes.

Temas de culpa del árbitro, como siempre, si hay críticas a los jueces, uno tiene que amablemente devolver un poco la culpa. Hace muchos años recuerdo un laudo de un conocidísimo constitucionalista que fallaba del siguiente modo, «se declara fundada la demanda de daños y perjuicios, pero la determinación de estos daños se realizará por peritos en ejecución de laudo». ¿Cómo se ejecuta ese laudo?, lleva cerca de doce años de ejecución en el Poder Judicial, por lo menos cuando lo conocía, llevaba doce años ejecutándose en el Poder Judicial.

Ya no se cometen, porque también la comunidad arbitral ha madurado, ya no se cometen errores de esa magnitud; sin embargo, todavía me dicen mis colegas, siguen existiendo temas como «se condenan costas y costos», con una usanza muy judicial que todavía acompaña a algunos árbitros y sin embargo no se dice a cuánto ascienden esos costos y ¿quién tiene que liquidar esos costos?, ¿el juez en ejecución del laudo?, eso es una condena, es dinero que va a salir de una de las partes y, por consiguiente, los jueces comerciales consideran que esa determinación debería estar realizada ya por los árbitros. Me parece lo más propio.

Igual, muchas veces me dicen mis colegas que hay temas en los intereses, se fijan, se condena a intereses, pero no se especifica la tasa, no se especifican los plazos correspondientes; el juez, dicen algunos, tiene que ir a la sentencia, ir interpretándola, ir sacando algún concepto que de repente, seguramente no va a ser compartido por la contraparte a la cual puede afectar mucho una tasa u otra tasa. Entonces, ahí hay un problema sobre el cual la comunidad arbitral debería tener consciencia, hay necesidad de afinar esos temas, para efectos de que el laudo sea perfectamente ejecutable.

Ahora, les planteo sobre ese punto dos posiciones, una posición que es la mayoritaria de los jueces comerciales y una posición minoritaria. Por ejemplo, en el tema de costas y costos, hay una posición que señala que los jueces pueden liquidar las costas y costos, es tan fácil como pedirle a la parte que presente su recibo por honorarios, que informe el centro de arbitraje a cuánto ascendieron los costos administrativos, no le veo ningún problema.

Como les decía, dos posiciones, una es ésta que permite a los jueces liquidar estos temas que me parecen sencillos y que, desde la posición mayoritaria, sería exagerado devolver a los árbitros o iniciar otro arbitraje para determinar costas y costos. Ésta se ampara en la posibilidad que brinda la consecuencia a la anulación por vencimiento del plazo, la consecuencia es, dice la norma, que las partes regresen a otro arbitraje o que le permitan a la Corte Superior que decida sobre el fondo. Entonces, dice esta posición que si las partes pueden permitirle, de acuerdo a lo que dice la ley, decidir sobre el fondo y hay por ahí una norma acerca de laudos ilíquidos que se podrían ejecutar, indirectamente se estaría permitiendo a los jueces, en estos pequeños temas, poder decidir también al respecto.

La mayoría dice no, la mayoría de los jueces dice «no, esto tiene que venir perfectamente oleado y sacramentado de manos de los árbitros».

No sé si se nota, pero yo estoy en la minoritaria.

El segundo gran problema, lo que acaba de mencionarnos don Ricardo, el tema de la ejecución contra el Estado. Éste es un tema cotidiano, podríamos hablar del tema de los pensionistas, podríamos hablar del Fonavi, podríamos hablar de cincuenta temas en los cuales el Estado tiene el mismo problema.

Yo me arriesgo, desde esta posición un poco privilegiada que tengo, estoy viendo temas contenciosos, de repente arriesgo algo. Yo creo que no está tanto en la ejecución, como decía don Ricardo, está en cómo preparan los árbitros la posible ejecución futura, por consiguiente, yo discutiría —hubiera sido fabuloso que estuviera la doctora Ledesma acá para conversar al respecto con ella— esta prohibición legal que tenemos en el Código Procesal Civil de medida cautelar contra el Estado para futura ejecución forzada. ¿Por qué?, porque a diferencia de las otras deudas, de las otras deudas que les he mencionado que son tal vez en muchos casos mucho más importantes, pensiones, me parece fundamental, por ejemplo, y es un problema no resuelto, pero no vamos a tratarlo aquí porque no es el medio, ni el lugar.

Yo creo que la gran diferencia de una deuda de contratación pública con estas deudas, es que la primera fue presupuestada, que está el dinero, para bien o para mal, el dinero está ahí y, por consiguiente, si la discusión comienza a darse, creo que lo que los árbitros deberían hacer —esto no significa que si yo llego a comerciales les apruebo esto, necesariamente, puede ser en una de esas casualidades que nos da la vida, regrese a comerciales y me encuentre con estas solicitudes de árbitros, simplemente arriesgo en borrador una idea— es decirle a la entidad: «entidad, ese dinero no lo reviertas al Estado, ese dinero que no puedes utilizarlo, porque tiene destino fijo, es para la obra correspondiente, no lo vas a poder devolver al Estado y, por consiguiente, lo mantienes asegurado ahí», eso permitiría una mayor posibilidad de ejecución a futuro.

Simplemente tenía un tema que espero podamos tocarlo más adelante, que me parece bastante interesante, me parece un tema muy dis-

cutible, una resolución de la Segunda Sala Comercial que me parece que debe conocerse y debe discutirse.

Pero quisiera tratar de contestar la pregunta que nos hizo Derik al inicio y, la verdad es que, como decía Gonzalo, es una maldad que justamente llegando uno tan nervioso y tratando de prepararse para hacer alguna intervención más o menos coordinada, además, nos presenten un problema inmediatamente que nos sentamos.

Yo, de acuerdo a lo que hemos visto y según lo que ha dicho Derik y de lo que he tratado de descifrar sin mis anteojos en este momento, creo que no hay nada que ejecutar, porque según lo que plantea el caso, se resuelve un contrato y el laudo declara que el contrato fue mal resuelto; en mi opinión ésa es una pretensión declarativa, o sea, solamente puedo ejecutar lo que es condena, no parece haber posibilidad de ejecutar una no resolución. Supongo que lo máximo que se podrá pedir es la emisión de una resolución, pero supongamos que se dice que el contrato fue mal resuelto, lo que tendrá que hacer el contratista es tratar de llegar a la obra y si ve que está ocupada por alguien más o que no le permiten el ingreso, tendrá que utilizar la resolución correspondiente, los daños y perjuicios correspondientes y nada más; pero, ir al juez a decirle «ejecútame», no.

Muchas gracias.

Intervención de Derik Latorre Boza

Ahora es el turno de Gonzalo García-Calderón, diez minutos.

Intervención de Gonzalo García-Calderón Moreyra

Gracias. Antes que nada, buenas noches con todos, agradecer como siempre a Silvia y a César por esta reiterada muestra de afecto, me han invitado a sus diez congresos hasta la fecha.

Yo quiero, simplemente, comentar este tema de la problemática de la ejecución de laudos arbitrales, desde un punto de vista propositivo, es decir, yo sí creo que hemos avanzado mucho.

Permítanme contarles en dos minutos un caso de la vida real. El arbitraje se regulaba, estamos hablando de los años sesenta y tantos, 69, por el Código de Procedimientos Civiles de 1912, formaba parte de un apéndice del Código de Procedimientos Civiles y uno de los poquísimos casos arbitrales que se dio en el Perú, fue con un tribunal de lujo, el doctor León Barandiarán, el doctor Alzamora Valdez, en fin.

Se trataba de un caso con Minpeco, que era una empresa del Estado que se encargaba de comercializar a nivel mundial los minerales que producía la pequeña y mediana empresa minera, para lograr un mejor precio a nivel del mineral que exportaban estas empresas.

Entonces, lo que hace Minpeco es exportar el mineral y retiene unos tributos, entonces, la discusión versaba sobre si era correcto que hubiese retenido parte de los tributos a la pequeña y mediana empresa, porque era un tributo, decían ellos, que sólo correspondía a la gran empresa.

Se lleva a cabo este magnífico arbitraje, además, complicadísimo, se hacía por escritura pública, este tribunal arbitral de lujo dicta un laudo en un plazo extraordinario, seis, siete, ocho meses y le da la razón a las pequeñas empresas mineras y ordena que el Estado devuelva estos tributos equivocadamente retenidos.

Al Estado no le da la gana de devolver estos tributos y, entonces, las empresas ganadoras acuden al Poder Judicial —estamos hablando, no se olviden, del Código de Procedimientos Civiles de 1912—. Van al Poder Judicial en ejecución del laudo arbitral, el proceso de ejecución de laudo arbitral duró dieciséis años, porque se presentó la ejecución del laudo y el juez corrió traslado a la otra parte, la otra parte absolvió, se opuso y el juez emitió una resolución, la misma que fue apelada en

ambas instancias, fue a la Corte Superior, la Corte Superior anuló y así se pasaron dieciséis años sin ejecución.

Entonces, cuando se dicta la nueva Ley de Arbitraje, la n.º 26572 y la actual, la 1071, lo que hemos hecho los legisladores, yo he tenido la suerte de participar en ambas, ha sido con gran molestia de los jueces probablemente, no lo sé, establecer claramente que los jueces, bajo responsabilidad funcional, están prohibidos de admitir a trámite recursos algunos que puedan entorpecer la ejecución del laudo arbitral, así de claro, el inciso 4 del artículo 68.

Consecuencia, si una persona que ha perdido el laudo arbitral, presenta un escrito oponiéndose a la ejecución, debe ser declarado inadmisibile, no debe ser tomado en cuenta, no debe producirse una resolución que amerite que la otra parte pueda apelar, sea con efecto suspensivo o sin efecto suspensivo, no me interesa, no lo puede hacer.

En consecuencia, creo que la ley ha avanzado mucho en ese sentido para evitar que eso ocurra.

Entonces, desde ese punto de vista, la ejecución de los laudos arbitrales se da y coincido con el doctor Wong en que los juzgados comerciales y las salas comerciales son pro arbitraje y creo que hay que valorar eso y, además, están muy bien preparados actualmente los vocales que resuelven los casos de anulación de laudo y los jueces que ven casos de ejecución de laudo arbitral.

Eso, en primer término. Desde el punto de vista legislativo, hay un gran avance. Desde el punto de vista operativo, desde el punto de vista práctico, creo que es ahí donde se da la problemática, porque, evidentemente, hay colegas árbitros que no tienen ni idea de que están en un arbitraje que se regula bajo factores diferentes a los que regula el Poder Judicial. Entonces, siguen con la mecánica de resolver el procedimiento arbitral, bajo las normas del Código Procesal Civil, entonces hablan de

saneamiento procesal, hablan de una serie de tonterías que no se aplican al arbitraje y que, efectivamente, sí se aplican en el Poder Judicial, y terminan, como ha dicho el doctor Wong, correctamente, fundada la demanda, por ejemplo, fundada la demanda, resuelto el contrato, daños y perjuicios en valor tal, suma líquida, y los intereses fundados que se calcularán en ejecución de sentencia.

¿Eso qué significa? Que el pobre juez executor cuando recibe eso y quiere cumplir el laudo arbitral dice «oiga, no tengo suma líquida, ¿qué tengo que hacer?», «yo no soy un especialista, debo llamar a un perito» y ya caes en las garras del Código Procesal, saliste de la Ley de Arbitraje y, entonces, el Poder Judicial te dice que no puedes llamar a un perito, tienes que llamar a dos peritos y tienen que juramentar y ya entras a la vorágine, lo que decide el perito puede ser oponible y esa oposición puede ser apelada.

Conozco personas que teniendo laudos arbitrales, como ha señalado el doctor Gandolfo, en donde se les concede indemnización e intereses, en el momento de la ejecución del laudo se han desistido de los intereses, porque el árbitro actuó mal, jalón de orejas para el árbitro, porque no estableció una suma líquida y le entregó la responsabilidad al juez para que el juez sea el que actúe algo que debió actuar el árbitro. En consecuencia, el vencedor simplemente dice «señor juez, ya no quiero mis intereses por favor, quiero que ejecute», porque como no hay suma líquida, el juez no ejecuta la integridad del laudo arbitral, entonces, se desisten de los intereses.

Efectivamente, es un problema de los árbitros, es una problemática que hay que resolver, es una problemática que se da en una serie de áreas. Muchas veces los jueces con justa razón, cuando he tenido la oportunidad de dictarles charlas a los jueces, me dicen «oiga, el laudo no se entiende» y esto es verídico, real, concreto y sucede en el Perú, hay segundos procedimientos arbitrales para interpretar el primer procedi-

miento arbitral que finalizó con un laudo que es absolutamente inaplicable, absolutamente inoperativo, nadie entiende lo que quisieron decir.

Entonces, las partes lo discuten porque no está claro y en la vía de anulación, la Corte Superior, como es natural, no anuló el laudo, porque no existía una causal taxativa establecida en el artículo 63 y el laudo es inejecutable. Creo que ahí hay, efectivamente y coincido, errores que los árbitros tienen que resolver para que esto pueda salir del ámbito de la problemática.

El segundo tema que se ha mencionado es la posibilidad de que los árbitros puedan ejecutar sus laudos, que está en la ley, ustedes conocen perfectamente —mejor que yo probablemente— los atributos de la jurisdicción, la *notio*, la *vocatio*, la *executio*, la competencia y la *juditio*, los árbitros tienen todas, con excepción de la *coertio*, pero sí tenemos la facultad de ejecutar un laudo arbitral; pero, evidentemente, la ley ha sido sabia también en ese sentido y dice «oiga, usted es un árbitro que no tiene *coertio*, si no tiene la posibilidad de obligar a un gerente legal de un banco a que embargue las cuentas, que se vayan al juez».

Efectivamente, lo que dice la Ley de Arbitraje es que cuando yo árbitro no pueda ejecutar un laudo arbitral, simplemente le entregaré el expediente al interesado y el interesado irá al Poder Judicial para que el Poder Judicial sea el que ejecute el laudo arbitral, el cual no deberá interpretar nada, sino que deberá ejecutarlo.

Además, se ha establecido que como no se puede entorpecer la ejecución del laudo arbitral, si tú planteas la anulación del laudo arbitral, la anulación del laudo no entorpece la ejecución, con lo cual en eso también ha sido coherente el legislador, sólo se podrá suspender la ejecución de un laudo arbitral cuando se cumpla alguna de las dos características que la ley señala. La primera es que presento mi anulación y presento con ella mi carta fianza, con lo cual ya no tengo necesidad del juez ejecutor; pierdo mi anulación y lo que va a hacer la Corte Superior, la Sala

Comercial, va a ser volver donde la parte vencedora y decirle «tome usted la carta fianza de la parte vencida, ya está ejecutado», extraordinario. La segunda posibilidad, evidentemente, es cuando se pueda oponer en la medida en que se ha cumplido con el pago de la obligación.

Entonces, creo que está muy bien diseñada la estructura de la Ley de Arbitraje para poder ejecutar laudos arbitrales. Efectivamente, hay una problemática del Estado que no paga las deudas y se ha señalado que existen normas, ustedes las conocen, la n.º 30137, donde la ley establece la obligación de que se establezca en el presupuesto de la entidad del sector público que está obligada, un porcentaje para poder cancelar las deudas que correspondan como consecuencia, no sólo de laudos evidentemente, también de decisiones jurisdiccionales ordinarias, en el caso de pensiones, en el caso de una serie de temas que son mucho más álgidos desde el punto de vista humano, que desde el punto de vista comercial.

En consecuencia, sí hay un planteamiento desde el punto de vista legal y creo que siempre hay posibilidades de mejoras. Actualmente, dentro de las facultades delegadas que ha pedido el Ejecutivo al Legislativo, está la revisión nuevamente de la Ley de Contrataciones, en cuyo tema podrá, probablemente, incorporarse esto, la posibilidad de que la ejecución de los laudos arbitrales respecto a las sumas señaladas en ellos, pueda tener dentro del presupuesto de la República un monto para poder evitar que, como dice el doctor Gandolfo, las deudas viejas no se paguen y las deudas nuevas se dejen envejecer.

Muchas gracias.

Perdón, un segundo, para no dejar al moderador con su caso. Coincidió plenamente. Éste es un caso complicado, no sé si lo lograron entender. Simplemente hay un consorcio, ese consorcio, por un lado, demanda en la vía arbitral y, paralelamente, la vía administrativa declara que ese consorcio es inexistente porque han falsificado la firma de uno de los consorciados y, en consecuencia, no existe tal consorcio. Por otro lado, el

tribunal arbitral que no ha visto evidentemente ese tema, declara fundada la demanda y, entonces, infundada la resolución señalada por la entidad.

Entonces, coincido con lo que se ha dicho. Como no existe un mandato de parte del tribunal arbitral y, en todo caso, el mandato de restituir las cosas al estado anterior de que se produjo la resolución es un imposible jurídico y coincido totalmente con el doctor Wong, finalmente, es un imposible jurídico y lo que le quedará a este teórico o inexistente o existente, como quiera llamarlo, consorcio, es irse por la vía de daños y perjuicios a través de un proceso arbitral y en ese momento saldrá lo que se ha señalado, que, efectivamente, ya no existe un consorcio.

Intervención de Derik Latorre Boza

Muchas gracias. Bueno, creo que podríamos hacer un rápido resumen de lo que se ha señalado. Ricardo Gandolfo ha señalado que el Estado no siempre pierde en los arbitrajes y que, más bien, los contratistas tienen en el arbitraje un mecanismo para lograr la restitución del equilibrio económico financiero de los contratos, muchas veces afectado y la pregunta que planteó fue ¿cuándo pagan, finalmente, y cómo, las entidades, si de manera oportuna o no?

En el caso de Martín Wong, él señala algo muy positivo, me parece bien importante lo que él señala con su experiencia. Los jueces están más atentos ahora a la Ley de Arbitraje, están habiendo buenas decisiones y, en buena cuenta, los problemas que se están suscitando en el arbitraje están, y en eso coincides con Gonzalo, siendo muchas veces generados por imprecisas y hasta malas decisiones arbitrales que no concluyen o no redondean el tema. Entonces, es interesante esta mirada.

Lo mismo en el caso de Gonzalo, ha tenido también varios temas destacando la orientación proarbitraje de los juzgados comerciales, una

legislación que, en el caso peruano, ha avanzado bastante y también se ha referido a estos problemas operativos.

Vamos a dar dos minutos más, para no abusar de los asistentes, dos minutos más para que cada uno de los panelistas pueda tratar cualquier tema que quiera desarrollar.

Intervención de Ricardo Gandolfo Cortés

Ok, muchas gracias. Yo quisiera destacar que, efectivamente, hay una ley, la Ley n.º 30137, que establece criterios de priorización para la atención de los pagos de sentencias y laudos, por extensión y que establece esos criterios de prioridad, en cuya virtud primero se pagan las deudas laborales, las deudas de carácter previsional, las deudas que tengan que ver con la defensa del Estado, con violaciones de los derechos humanos, de carácter social y luego las demás.

Respetando esas jerarquías y ese orden de priorización, se deben pagar las deudas y, efectivamente, como ha dicho el doctor García-Calderón, hay una ley, la Ley n.º 28411, cuyo artículo 70 obliga a todas las entidades del Estado a destinar entre el 3% y el 5% de su presupuesto institucional de apertura, para el pago de sus deudas y sus obligaciones. De manera que ahí está la norma, la norma existe, lo que falta es tener transparencia, ponerlo en el portal de cada entidad, de tal forma que cada acreedor sepa «ya va a tocar que me paguen, después que paguen a fulano y a zutano, toca que me paguen», y así todos contentos. Eso hay que hacer, transparentar esa gestión.

Y, finalmente, lo que también falta recordar es que el Código Penal castiga con dos años de prisión al funcionario público que, teniendo los fondos expeditos, demora injustificadamente un pago dispuesto por la autoridad competente. Obviamente, nadie quiere denunciar a su cliente, pero es muy recomendable que éste sepa que retardar el cumplimiento de

una obligación de esta naturaleza, comporta la comisión de una variante del delito de peculado que, eventualmente, podría escalar a penas mayores.

Eso es todo.

Intervención de Derik Latorre Boza

Muchas gracias, doctor Gandolfo. Martín.

Intervención de Julio Martín Wong Abad

Hay una decisión de la Segunda Sala Comercial que me parece interesante para comentar. Como ustedes saben, el artículo 63 del Reglamento de Arbitraje de OSCE señala que, salvo pacto en contrario, se entenderá que para demandar nulidad, se tiene que constituir carta fianza previa; no estamos hablando de la carta fianza o aseguramiento de la suspensión, la garantía de suspensión y demás, no, estamos hablando de un requisito adicional, para demandar nulidad requiero una carta fianza, esto es previo a poder ejercer ese derecho de acción.

Como se dan cuenta, el tema es complicado, estamos limitando un derecho fundamental. La autorización parece estar en la ley, yo por lo menos encuentro algunas palabritas que podrían sustentar esa posibilidad, pero este pacto estaba en el reglamento, incluso, estuvo también mencionada la posibilidad en el Reglamento de la Ley de Contrataciones anterior, en alguno de los reglamentos anteriores, y se estaba dando, es decir, las entidades para demandar la nulidad, tenían que poner la carta fianza, era casi una costumbre, nadie la discutía.

Esto, hasta que llegó esta decisión de la Segunda Sala Comercial, en la cual señala que ese pacto es inconstitucional, que es violatorio de derechos fundamentales.

Yo quiero plantear el problema. Me parece que si bien es cierto es una limitación a derechos fundamentales, es una limitación «entre gente grande», es decir, yo considero que si el Estado, una empresa que es profesional en el ramo ingresa sobre materia disponible, por lo menos de parte del privado, pero se plantea la posibilidad de renunciar a ese tema de inmediato acceso a la jurisdicción, condicionándolo a una carta fianza, yo me preguntaría ¿por qué no?

Incluso, esta decisión de la Segunda Sala Comercial no toma en cuenta un criterio anterior del Tribunal Constitucional, que declaró este mismo pacto como constitucional, es cierto, con la vigencia de la ley anterior.

El razonamiento de la sala va por el sentido de decir que ese pacto tendría sentido si es que hubiera suspensión automática de la ejecución por la interposición de la demanda. Como ahora la ley ya no permite esto, salvo aseguramiento, ese pacto no sería razonable.

El tema en el caso que resuelve la sala, si hubiera comprendido a una pequeña empresa ahogada justamente porque no le pagan o porque ha sido injusta la resolución del caso que pretende la nulidad; pero, lamentablemente, desde mi punto de vista, esa decisión se ha tomado para permitir a una entidad acceder a la demanda de nulidad, es decir, justamente la persona que no paga y que tiene por ley la posibilidad de no pagar hasta en cinco años y mucha veces se aprovecha para no pagar en más años, justamente esa persona es la beneficiada con esta declaración de no constitucionalidad.

En mi opinión, debería quedar en manos del juez poder advertir si es que hay un problema de acceso, si es que realmente hay una crisis en la empresa. Por ejemplo, me pongo en el de que para demandar la nulidad del laudo están de un lado *Microsoft* y del otro *Apple*; si ellos, libremente, pactaron esa limitación a su derecho fundamental, por qué no cumplirla.

Yo mantengo una opinión crítica a esta sentencia, me parece que declarar de plano inconstitucional esa posibilidad, es excesivo, me parece que la sala pudo haberse reservado esa posibilidad.

Ahora, voy a molestar a Gonzalo y de repente bastante, quiero que se sepa, porque me parece que es importante. Nuestra ley es muy buena, si ustedes van a cualquier congreso, cualquier extranjero que llega al Perú que revisa nuestra ley, todos dicen que es una fabulosa ley y es verdad, es una fabulosa ley, ¿por qué? Porque toda la experiencia internacional que es hacia donde miró el legislador, se ha recogido y se ha expresado en la ley, los problemas que tienen los colombianos, los panameños, están resueltos en nuestra ley.

Para nosotros, esos problemas no existen, nosotros tenemos otros problemas. Todo el texto de garantías, por ejemplo, habría que rehacerlo. Muchas veces los jueces no sabemos qué hacer en el tema de la garantía, ¿qué cosa es eso?, ¿es una cautelar? La verdad, si me hubieran pedido hablar sobre garantías, hubiera traído el tema preparado y específico.

Yo creo que hay mucha complacencia del legislador respecto a su creación y me parece que esa complacencia está alimentada por la opinión de los extranjeros, pero los jueces [...]. Es como decir «¿quién sabe dónde ajusta el zapato? El que lo usa, no el que lo ve en la tienda»; por consiguiente, yo creo que hay que hacer modificaciones a la ley y que es necesario que el legislador las tome en serio y que no esté en esa complacencia porque todo el mundo dice que el tema está bonito y el que lo usa, el que lo sufre, se da cuenta de que hay cincuenta cosas que están en el aire y que merecen un tratamiento mucho más fino.

Con todo cariño.

Intervención de Derik Latorre Boza

Bien, Gonzalo.

Intervención de Gonzalo García-Calderón Moreyra

Gracias. Al contrario, creo que la ley, como cualquier ley es perfectible y justamente la ley actual, el n.º 1071, lo que hizo fue modificar la n.º 26572 en base a la realidad peruana, en base a los problemas enormes que habíamos tenido con una ley magnífica, la n.º 26572, en la que habíamos tomado como base la Ley Modelo Uncitral y lo que pasó fue que la realidad peruana avasalló esa norma, siendo una magnífica ley.

Se acordarán ustedes del problema de Algamarca, el problema del caso Cantuarias, en fin, una serie de problemas resueltos por el Tribunal Constitucional que estaban dando vueltas, todo el tema de los árbitros, el tema de la designación de los árbitros, ahora vemos en el Perú como algo normal que si una de las partes no designa a un árbitro, vamos a la Cámara de Comercio de Lima o a la cámara de comercio de la localidad, y es la cámara de comercio la que designa, eso es un avance extraordinario, antes teníamos que ir al juez, para que el juez, en base a una lista de siete nombres o de catorce, una cosa de locos, designe a un árbitro y pasaba un año para la designación y ahora vamos a la cámara de comercio y la cámara de comercio, en menos de treinta días, designa un árbitro.

Hemos avanzado muchísimo, pero eso no quiere decir, evidentemente, que siendo una buena ley no sea perfectible, pero por supuesto que sí y bienvenidas todas las críticas y mejoras, sobre todo y coincido también con Martín, en el área de procesal, porque, evidentemente, no somos especialistas en procesal y mientras más lejos veamos procesal, mientras más lejos, estamos más contentos, mientras más nos alejemos de la rigidez del Código Procesal, y así es como debe funcionar el arbitraje, dentro de la flexibilidad y el marco, nada de preclusiones y cosas que no son normales y que no voy a discutir en este momento, que se dan en el sistema procesal ordinario y que no se dan en el sistema arbitral.

Creo que, efectivamente, hay que mejorar, como todo en la vida, hay que generar una comisión en su oportunidad, la ley actual no tiene

ni diez años, habrá que generar una comisión en su oportunidad y perfeccionarla y mejorarla en todos los temas que sean necesarios.

Dos temitas para terminar. El primero también conceptual, mencionado por Martín, es un tema respecto a la posibilidad de que para acceder al recurso de anulación se pueda pactar una carta fianza previa. Lo que pasa es que la idea del legislador en materia privada, no en materia de contrataciones que han trastocado una serie de conceptos, en materia privada la idea es que caminen en cuerdas separadas, la ejecución del laudo no se suspende por la nulidad solicitada en el Poder Judicial, con lo cual la nulidad irá por su vía y yo ejecuto inmediatamente el proceso.

Repito, en el área privada tiene una concepción lógica y ¿por qué, como existía en la ley anterior, derogamos la posibilidad de que las partes puedan presentar como requisito de admisibilidad una carta fianza? Porque nos dijeron —y yo comparto esa posibilidad— que el arbitraje, y así lo dijo, además el TC, forma parte del orden público constitucional y, en consecuencia, no es posible que yo condicione el acceso a una revisión formal del procedimiento arbitral a un pago de un tema del fondo de la controversia.

Entonces, lo lógico —repito, desde el punto de vista privado, no desde el punto de vista de contrataciones— era que la parte que consideraba que se le había violentado un derecho de defensa constitucional, un derecho de forma, algunas de las causales establecidas en el artículo 63 respecto a invalidez del convenio, que el laudo no haya sido motivado, en fin, lo que quieran, eso se discuta en la vía de anulación de laudo que es, ya lo dijo el TC, la vía igualmente satisfactoria a la vía del amparo. Ésa es la lógica.

Entonces, condicionar la entrega de una carta fianza es limitar mi derecho de defensa, porque lo que está haciendo en un recurso de anulación el juez, es convertirse en el juez de los árbitros, lo que está haciendo el Poder Judicial es revisar que los árbitros hayan actuado de acuerdo a la formalidad debida, al *due process* que dicen los gringos, yo tengo

que demostrar que el proceso ha seguido una secuencia lógica y que no ha habido un abuso, una arbitrariedad del tribunal arbitral frente a una de las partes, eso no tiene nada que ver con el fondo; el fondo sigue por cuerda separada y se ejecutará.

Ése es el concepto de por qué no se puede exigir una carta fianza para solicitar la anulación del laudo arbitral; ése fue el concepto, repito, mal o bien, ése fue el concepto que se vio en la comisión que redactó la nueva ley, ésa es la idea. Entonces, yo comparto lo que ha señalado la sala comercial, evidentemente, casuísticamente, podemos estar de acuerdo en el sentido de que para ese caso específico fue injusto y no me parece mal, siempre me da un temor, siempre, el darle discrecionalidad, absoluta libertad a alguien.

Claro, la discrecionalidad del juez para que decida en qué casos es conveniente aceptar o no aceptar ese acuerdo que las partes han establecido de carta fianza previa a la anulación del laudo; pero, en fin, es cuestión de discutirlo. Yo, en lo particular, creo que hay que mantener el tema de las cuerdas separadas, y que a todo el tema de la anulación del laudo no se le exija previamente una carta fianza.

Gracias.

Intervención de Derik Latorre Boza

Muchas gracias, Gonzalo. Bueno, ya para poner punto final a esta mesa, yo quiero unirme también a las palabras de mis colegas, al reconocimiento a César Guzmán-Barrón, quien ha liderado a lo largo de estos años el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos y, bueno, se le va a extrañar. Usted planteó su alejamiento; se le va a extrañar, pero vamos a seguirnos viendo.

Muchísimas gracias a todos.

6. CUARTO PANEL: APLICACIÓN DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE OBRA

Eric Franco Regjo (moderador)

Alex Wagemann Farfán (ponente)

Alexander Campos Medina (ponente)

Eduardo Sanhueza Gómez (ponente)

Palabras de presentación del panel de Rigoberto Zúñiga

Buenas tardes, es un gusto contar con todos ustedes en la segunda fecha de nuestro congreso internacional de arbitraje.

Antes que nada, quisiera recordarles que mañana tenemos una jornada bastante intensa de arbitraje, ya que en este mismo lugar, a partir de las 2:30 p.m., se va a desarrollar una jornada del *Young Arbitrators Forum* o lo que se conoce como ICC YAF, dedicada a la problemática de los *dispute boards*; por eso es que el evento se denomina «*Dispute boards*, un mecanismo para fomentar inversiones e infraestructura».

Este evento lo desarrolla conjuntamente CCI Perú, de la cual es parte la Pontificia Universidad Católica del Perú y, en estricto, CCI YAF, es un evento gratuito y les pedimos que, por favor, puedan participar en este evento que va a estar muy interesante, va a haber una simulación de una audiencia de *dispute boards*. Para ello, solamente tienen que inscribirse en el *break*, dejar su nombre con las señoritas de recepción para que tomen nota de la asistencia.

Justamente vinculado a los *dispute boards* o a las juntas de resolución de disputas, es que vamos a empezar la jornada de hoy, con el

cuarto panel de nuestro congreso, titulado «La aplicación de la junta de resolución de disputas en la solución de controversias de obra».

Para el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica es bastante importante el fomento de la JRD. El centro ha sido pionero en la formulación de reglas y de estudios respecto a la figura de los *dispute boards* y nos sentimos satisfechos de que esta iniciativa haya sido tan bien acogida normativamente y ahora tengamos la posibilidad de someter la obra pública, a partir de determinados montos, a este mecanismo que creemos que tiene mucho que ofrecerle a la realidad de contratación pública peruana, sobre todo porque es un medio que permite la prevención y solución rápida de las controversias.

Entonces, el panel que vamos a presentar a continuación va a darnos algunos alcances mucho más detallados de la aplicación de la JRD, en la solución de controversias de obra, en general, pero también de manera bastante específica en lo que concierne a la obra pública.

Intervención de Eric Franco Regjo

*Eric Franco Regjo**

Bien, buenas tardes, quiero agradecer al centro por la invitación. Contamos en esta tarde con un excelente panel, con dos expertos que nos acompañan de Chile y un experto de Perú.

El tema de juntas ha tomado un revuelo especial este año. Con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, las entidades están viendo si se animan o no a implementar este nuevo me-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con máster en Derecho de la Construcción y Resolución de Conflictos en *King's College London*. Es miembro del Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y sub gerente legal en Volcan Compañía Minera.

canismo, así que es particularmente oportuno continuar con la discusión a nivel de este foro y en paralelo a contrataciones públicas, también es una discusión que está muy presente en obra privada.

Entonces, este tema que se viene discutiendo hace varios años en nuestro medio, toma un cariz especial este año, además, con un nuevo gobierno que hace tener algunas expectativas sobre cómo podría terminar desarrollándose este mecanismo.

Bien, la dinámica de este panel va a ser que primero Álex Wagemann va a hacer una presentación sobre su experiencia en Chile; luego seguirá Eduardo Sanhueza con su presentación y, luego, con el doctor Campos vamos a hacer un intercambio de ideas sobre la institución en Perú y después terminaremos haciendo un intercambio y preguntas del público.

Entonces, Álex, por favor.

Intervención de Álex Wagemann Farfán

*Álex Wagemann Farfán**

Hola, buenas tardes. Antes que todo, quisiera agradecer la invitación a la universidad y, particularmente, la relación con César Guzmán-Barrón, quien tuvo la amabilidad de hacerme postergar mis vacaciones durante una semana para poder estar presente en este evento. Así que, bueno, a esta altura ya me siento de vacaciones, la última actividad.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Chile, diplomado en *Supply Chain* en la Universidad de Santiago y diplomado en gestión de equipo de alto desempeño en la Universidad de Chile. Es director de Brucke Consultores, presidente del Grupo de Trabajo Mandante-Contratista en la Cámara Chilena de la Construcción y Consejero Nacional.

Quisiera comentarles un poco la experiencia, a propósito de los *dispute boards*. Ha sido interesante, especialmente, el movimiento que se ha dado en estos últimos años. Cuando partí viendo esto, por ahí por el año 2007, me pareció una cosa muy lejana, pero dado cómo se han ido generando las relaciones entre los propietarios y los contratistas hoy día, desde mi perspectiva, no solamente es una figura conveniente, sino que, además, profundamente necesaria por algunas ideas que voy a compartir con ustedes el día de hoy.

Bueno, la relación hoy día de los contratos de construcción, ciertamente es compleja, y es compleja por algunas de las razones que podemos ver acá. La globalización generó cambios en las costumbres de contratación; tenemos contratistas de mayor tamaño que han fagocitado a otros más pequeños y, por lo tanto, se han ido generando equilibrios de los poderes de negociación; tenemos relación y comunicaciones que se han ido volviendo altamente judicializadas y han generado todo un mercado en donde se han insertado abogados, ingenieros, constructores, arquitectos en esta cadena de relación; y clientes que han ido desarrollando servicios cada vez más integrales, originalmente o hasta hace algún tiempo atrás, contábamos con sistemas de contratación verticales, en donde estaba, por una parte la construcción y por otra parte la ingeniería, luego a alguien se le ocurrió que era buena idea mezclar ambas cosas, luego a alguien se le ocurrió que era interesante incorporar el suministro, luego alguien dijo que podía ser también una buena idea incorporar el financiamiento y, de ahí en adelante, hemos ido desarrollando modalidades contractuales de muchísima mayor complejidad.

Ahora, particularmente, en este contexto de globalización y de la incorporación de algunos modelos o estándares internacionales, empieza a aparecer la figura de los adjudicadores o la figura de los *dispute boards* en sus distintas versiones y, por lo tanto, empieza a llegar como un fenómeno de transculturación y parte de este mismo proceso de globalización.

Ahora, esto no es nuevo, los modelos Fidic, los modelos CCI, existen desde hace bastantes años, pero, aparentemente, hoy en día se está generando un campo que es bastante más adecuado para poder incorporar este sistema bajo la lógica, fundamentalmente, de lo que uno puede esperar de una junta de resolución de disputas o de un *dispute board*, es contar con un tercero que equilibre hasta cierto punto los poderes de negociación de ambas partes, en particular, cuando existe una situación de desconfianza entre ambas partes y yo creo que lo que hoy día estamos viviendo en Latinoamérica, desde un punto de vista global, es una pérdida de confianza, pérdida de confianza en las instituciones y una pérdida de confianza también, muchas veces, en el personaje que tenemos al frente.

Bueno, quisiera comentar brevemente algunas informaciones respecto de la experiencia que nosotros tenemos en Chile.

Todos los años se hace un estudio que desarrolla una consultora por encargo de la Cámara Chilena de la Construcción, y en este estudio hay algunos datos que llaman particularmente la atención. Por ejemplo, el 42% de las empresas presentan conflicto con el dueño, entendiendo como conflicto una dificultad que ha tenido que ser vista por un tercero; y un 89%, divergencias, vale decir, situaciones que no se lograron convertir en un conflicto y que se fueron resolviendo en la obra, pero que sí representó un problema entre las partes.

El 79% de los contratistas generales, vale decir, los que trabajan en el sector privado y el 69% de los contratistas de obras públicas, evidencian el conflicto durante la obra y cuando les preguntan cuál sería la causa principal de este conflicto, la respuesta es «no contamos con un sistema de resolución inmediata de las divergencias que se van presentando cuando las obras se van desarrollando». Esto ya nos indica un primer punto.

Algunas ideas, entonces, en relación a las juntas de resolución de disputas. Yo creo que lo primero es, antes de la aplicación normativa, hacerse algunas preguntas previas, en relación al esquema de funcionamiento. Lo primero es cómo superar las resistencias en la implementación; lo segundo tiene que ver ya con la operatividad del sistema; lo tercero es la permanente dificultad que se ha producido entre estas juntas y las figuras arbitrales, por otro lado; y, finalmente, otra pregunta que vale la pena hacerse es si las juntas de resolución de disputas o *dispute boards* sirven para todos los casos, o sólo bastan con fijar una regla y hacerlas aplicables a toda una naturaleza de contrato.

En relación a lo primero, cuando uno se pregunta cuál es la resistencia inicial o por qué se produce la resistencia inicial, uno se encuentra con una serie de respuestas que yo me he tomado la libertad de clasificarlas rápidamente de distintas maneras. Tenemos el primero, que yo denomino el asegurado, que dice «¿para qué voy a incorporar un mecanismo que me va a hacer perder el control de mis contratos? No estoy ganando nada con eso, sino que, además, pongo en riesgo el cumplimiento de los plazos y yo quiero asegurarlo».

Por otro lado, tenemos el estratega, el que dice «no, estos sistemas solamente están pensados para tranquilizar a los contratistas, así que implementémoslos, pero en la práctica no le vamos a dar mucha pelota».

Luego, tenemos el nacionalista o también podríamos denominarlo como «la virgencita envuelta en el pañuelo», que cree que solamente lo que se hace acá es lo que funciona bien y, por lo tanto, rechaza todos los modelos externos, porque la realidad de uno es la más interesante de todas.

Por otro lado, tenemos el proteccionista, particularmente, en el sector de los abogados, que dice «bueno, ¿para qué vamos a proponer esto, si nos va a dejar sin trabajo?».

Otra resistencia tiene que ver con la tecnocracia, que es exactamente el otro extremo, el que dice «aquí no necesitamos manejar el vínculo, el contratista tiene que hacer el trabajo; y, por lo tanto, tenemos que reforzar con más control, más supervisión, más inspección», creyendo que con eso el asunto va a mejorar.

Finalmente, tenemos el extremo que sale con la filosofía de que «el perro es mío, yo lo saco a pasear cuando quiero y, por lo tanto, yo no voy a correr ningún riesgo, porque yo soy el dueño del negocio y nadie me puede decir qué es lo que hago».

Ahora, frente a esto hay algunas respuestas, a propósito del tema de la implementación. Lo primero es reforzar la lógica de que no se está perdiendo el control de los contratos con el apoyo para el experto. La experiencia demuestra que no es así, pero sí se requiere para poder lograr esto, una labor de difusión y capacitación previa, tanto a nivel de administración superior, del sponsor, como también, por otro lado, de quienes van a hacer la implementación y la utilización de los *dispute boards*.

En segundo lugar, a los abogados explicarles que la experiencia demuestra que los *dispute boards* tienen un carácter eminentemente técnico, indudablemente hay un apoyo jurídico de por medio, pero es una institución eminentemente técnica; por lo tanto, no hay una competencia, hay más bien, una complementación.

En tercer lugar, a los técnicos es bueno reforzarles el concepto de que, efectivamente, si lo que se quiere es reforzar la componente técnica, lo que hace el *dispute board* es justamente trabajar en ese sentido, porque el perfil usual de quienes trabajan en estos paneles, son personas técnicas que tienen experiencia en el tema.

Y, bueno, al nacionalista hay que dejarlo con los partidos de fútbol.

Al *extreme*, explicarle que se gana más dinero en la colaboración que con la imposición. Yo creo que el tema de estas relaciones distorsionadas, donde tienes un gran propietario y un pequeño contratista, hasta el día de hoy tal como van las cosas, guiando entre el pleistoceno y el cuaternario.

Bueno, el segundo punto es cómo lograr que los *dispute boards* funcionen adecuadamente. Yo diría que esto se podría sintetizar en unos cuatro o cinco puntos. Primero, es fundamental un propietario convencido de que es económicamente útil, no solamente políticamente útil, sino que también es económicamente útil, implementar un *dispute board* *versus* el valor que tiene el costo de ir a un arbitraje o a un juicio. Eso también está estadísticamente estudiado.

Segundo, disponer de equipos profesionales que estén preparados para usar el *dispute board*, porque no basta simplemente con legislar o regular, la experiencia, por lo menos, me lo ha demostrado viendo algunos ejemplos fatales, en donde tú tienes una regulación, un marco contractual que te establece el *dispute board*, pero aquél que lo tiene que usar, no lo usa, porque no lo entiende, no sabe cómo funciona, lo siente como una imposición. Si yo que lo voy a usar lo siento como impuesto, en realidad, lo que voy a hacer es una resistencia pasiva y, por lo tanto, el sistema no va a funcionar.

Tercero, el tema de los expertos es fundamental, deben ser imparciales, eso es básico. Me ha tocado ver un par de casos en que se han definido, por ejemplo, figuras de *dispute boards*, entonces, las partes eligen cada uno al suyo y se supone que el elemento básico es la imparcialidad de los miembros del panel. Cuando tú eliges el tuyo y el otro al otro, lo único que estás haciendo es anticipar la negociación del conflicto, se convierte en una suerte de prearbitraje, deben ser empáticos. No basta solamente con que sean técnicos, sino que hay un trabajo de tratar de generar ambientes para que las partes puedan colaborar y deben ser técnicamente competentes.

Lo otro, esto ya es una opinión personal, porque creo que va a ser un tema de discusión, es privilegiar la modalidad *standing* o permanente, a la modalidad *ad-hoc*, vale decir, no solamente al momento de resolver el conflicto, sino que haciendo el trabajo de acompañamiento. Hay dos funciones que desarrollan previamente los *dispute boards* en relación con esto, una es la asistencia informal y otra es el apoyo que van dando en las reuniones y todo eso se va generando en la etapa de la permanencia, no cuando se genera el conflicto. Se pierde mucho cuando solamente operan *ad-hoc*.

Naturalmente, como último punto, procurar que el *dispute board* cuente con un garante y un marco regulatorio, tanto en lo procedimental, como en lo disciplinario. No basta que exista una norma, sino que también tiene que haber un garante, desde el punto de vista de la implementación y la selección adecuada de los miembros del panel; sino, también se va a desprestigiar.

La tercera pregunta, ¿puedo hacer coexistir un *dispute board* con un arbitraje? Es perfectamente posible e, incluso, es un precedente, es una etapa previa y apoya. Yo me tomé la libertad de generar un *continuum*, seguramente ustedes también lo pueden ver en algunos libros, en donde está la estructura de costo y tiempo y se dan cuenta de que el arbitraje como figura terminal es la más cara y la más lenta. Ya existen otras instancias intermedias y, dentro de estas instancias, están los *dispute boards*, ¿por qué no utilizarlos?

Por último, ¿sirven los *dispute boards* para todos los casos? Bueno, indudablemente, la respuesta es no. Existen ciertos factores que deben evaluarse para ver si estas juntas de resolución de disputas pueden ser operativas o no.

Lo primero es la modalidad de contratación, principalmente, desde el punto de vista de la distribución del riesgo.

En segundo lugar, el plazo del servicio. No tiene mucho sentido aplicar una junta de resolución de disputas para un contrato de un mes.

El monto del servicio, porque existe un monto asociado al mantenimiento de esta junta, que tiene que tener una cierta concordancia con el monto del contrato. Me tomé la libertad de leer el reglamento, ustedes fijan dos parámetros, uno que tiene que ver con los veinte millones de soles y otro de los cuarenta millones de soles; eso, en términos numéricos y si uno lo ve estadísticamente, es un monto bastante razonable considerando el costo que tienen generalmente estos mecanismos.

Y, naturalmente, debe ser un contrato que tenga la posibilidad de generar cambios recurrentes durante la ejecución; si no, también se va diluyendo un poco la participación del panel técnico.

Entonces, uno podría generar un panel, una matriz, en donde pudiera desarrollar este tipo de entrada y, en función de eso, generar un esquema que le permita a uno definir si va a necesitar una junta de una persona, o de tres personas, o complementarla con alguno de los otros elementos que mostré hace un momento atrás, negociación informal que sé yo, negociación entre las partes, mediación, *dispute board* y, eventualmente, arbitraje.

Algunas conclusiones para ir terminando mi presentación. Los *dispute boards* son una figura en expansión, en un estado de relaciones en donde la confianza se ha deteriorado, siempre es bueno contar con un tercero imparcial que esté ahí apoyando a ambas partes para poder conservar o restablecer esa confianza que, a lo mejor, desde el inicio está perdida, lo que sucede muchas veces en los procesos de licitación y mucho en el sector público.

Segundo, para que el *dispute board* sea implementado, es básico que exista convencimiento y compromiso por parte del implementador; no debe ser resultado de una presión colectiva o de una presión política, porque si no, simplemente, se queda en el papel y no se hace realidad y, por lo

tanto, hay un trabajo que me parece que va a ser muy importante a partir de ahora y que tiene que ver con la implementación, la difusión, la capacitación, de manera de poder entender bien cómo opera este sistema, antes de proceder ya con la implementación operativa, propiamente dicha.

Luego, desde el punto de vista de quiénes actúan dentro del *board* o quiénes van a ser los que van a interactuar permanentemente con ellos, también necesitan estar muy bien capacitados y los expertos de la misma manera, con un buen sistema de selección. Sobre eso también hay algunos casos que comentar, porque hay algunos que fueron implementados con mucho interés y ganas, pero, finalmente, no funcionaron.

Los *dispute boards* son perfectamente compatibles con el arbitraje y los juicios, porque obedecen también a enfoques diversos.

Y, finalmente, no todos los contratos requieren una junta de resolución de disputas. No se trata tampoco de que a través de este mecanismo vamos a encontrar la solución a todos los problemas de relacionamiento que existen entre un propietario y un contratista.

Hay muchos otros factores involucrados, que están fundamentalmente relacionados con los riesgos que ambas partes asumen, un marco normativo adecuado, una modalidad de contratación adecuada, una gestión en la administración del contrato que sea adecuada y que, evidentemente, no se la podemos endosar completa a las juntas de resolución de disputas.

Algunas ideas finales.

Bueno, contar con un plan de difusión y de capacitación claro, antes de implementar, con el apoyo siempre de la administración superior, así como de los usuarios y de los expertos. Eso es básico.

Segundo, disponer de una organización garante que se encargue de supervigilar, seleccionar y capacitar a los miembros de los respectivos paneles.

Tercero, contar con una matriz clara que permita identificar en qué contratos resulta conveniente y en cuáles no. Me parece que hacer una discriminación solamente por el monto del negocio, no es suficientemente completo como para poder determinar qué tipo de juntas se requiere y en qué condiciones.

Y, finalmente, contar con un esquema de seguimiento de la implementación que permita poder hacer ajustes en función de los resultados que se vayan dando en la realidad local.

Bueno, eso es lo que quería compartir con ustedes.

Muchas gracias.

Intervención de Eric Franco Regjo

Muchas gracias, Álex, por tu excelente exposición introductoria. Ahora, Eduardo va a comentar sobre la experiencia de *dispute boards*, específicamente, en el tema de concesiones en Chile. Ya después entramos a más detalle en otros temas que quisiera profundizar un poco, pero lo dejamos para después.

Intervención de Eduardo Sanhueza Gómez

*Eduardo Sanhueza Gómez**

Bien, buenas tardes. Es un honor poder estar aquí presente en esta prestigiosa universidad ante, me imagino, la mayoría abogados. Es para

* Ingeniero civil por la Universidad de Chile, socio director de Varela Ingeniería Contractual. Brinda asesorías en *claims*, negociación de *claims* e ingeniería contractual. Es representante en Chile de la *Dispute Resolution Board Foundation* y ha sido presidente de DAF bajo las reglas de la ICC.

mí un gran honor poder, como ingeniero, estar aquí parado ante ustedes. Bueno, también agradecer a César por la invitación, en una de las tantas idas a Chile, por ahí nos conocimos y así se van dando las cosas en el sentido de que va existiendo la cooperación y hemos tenido cooperación, en mi rol también como representante en Chile de la fundación, me ha tocado ver algunos casos y he tenido que venir aquí a Perú también por lo mismo.

Entonces, les voy a hablar sobre la experiencia que hoy día se tiene en Chile, en relación a las concesiones, que es un mercado muy particular. En los últimos cuatro años de gobierno, se están moviendo entre 4,000 y 6,000 millones de dólares en concesiones, eso es lo que se gasta o es lo que se ocupa por las inversiones que se están llevando y, a partir del año 2010, en las concesiones en Chile, cambia el sistema de solución de las controversias.

Entonces, previo al 2010 —y esto marca el contexto donde se va dando este panel y cómo va a operar este panel— la resolución de las controversias en las concesiones entre el concesionario y el Estado, en este caso, se resolvían a través de una comisión conciliadora y, posteriormente, una comisión arbitral en la que el árbitro resolvía como árbitro arbitrador, que entiendo que aquí se llama árbitro en conciencia, que es distinto al de derecho.

Entonces, esto en el año 2007 generó una crisis y se genera la crisis porque la mayoría de los juicios arbitrales [...] para que ustedes sepan cómo operaba el sistema, se nombraba la comisión conciliadora con tres miembros, nombrado uno por la concesionaria, otro por el Estado y, entre los dos, nombraban al otro, pero, finalmente, era un representante. Esta misma comisión conciliadora cuando no se lograba llegar a la conciliación, se pasaban y se colocaban el traje ahora de árbitros, pero árbitro arbitrador. Entonces, era bien perverso ese tema, porque los mismos conciliadores pasaban después a ser árbitros, ¿qué creen ustedes?, ¿qué podría pasar por naturaleza humana?, sin desconfianza.

Entonces, finalmente, lo que pasa es que en el año 2007 se resuelve una controversia, una de las controversias más grandes por la concesión de las cárceles, eran como 200 millones de dólares y se resuelve en contra del Estado. Dado eso, es que en Chile se cambia la ley; es por eso que sale la ley del 2010.

Y ¿por qué cambia la ley? Cuando uno ve la historia de la ley, se ve que tanto senadores como diputados de cualquier lado, sentían que el Estado con esta ley se sentía débil y que era una ley que no protegía al Estado de Chile y que, por lo tanto, había que cambiar ese tema de resolución de controversias.

Es así que en el año 2010, sale esta nueva ley que ahí está su número por si la quieren buscar (Ley n.º 20.410), donde se establece el panel técnico, sobre el que voy a hablar ahora y, en segunda instancia, si no se llega a un acuerdo con la recomendación del panel técnico, entonces, se llega a una comisión arbitral, que resuelve, fundamentalmente, en derecho. Ya no es una resolución por la conciencia o por lo que los árbitros se logren convencer, sino que tienen que resolver en derecho. Esto, entonces, marca un antes y un después en las concesiones.

Cuando se estaba discutiendo la ley, muchas concesionarias dijeron que en Chile los inversores se iban a ir, que era un cambio de reglas tan grande que iba a hacer que las concesionarias se iban a ir del país. Bueno, finalmente, no pasó eso y en el año 2010 empezó a operar este nuevo sistema del cual voy a hablar, sobre los paneles técnicos.

Entonces, estamos en este contexto del cambio de ley y donde todos están con los ojos encima, porque están contrastando con el sistema anterior, en el que las concesiones se sentían muy favorecidas y el Estado muy desfavorecido. Con el nuevo sistema, que lo que busca es garantizar, de alguna manera, los equilibrios, con ese espíritu se realiza.

En este caso, el panel técnico está compuesto por cinco miembros que duran seis años y ven todas las concesiones que estén vigentes en el año que les corresponde ver. Hoy en día, tengo ahí el listado, están viendo dieciséis o veinte concesiones, estos mismos cinco miembros, no es que haya cinco miembros para cada concesión, sino que los cinco miembros ven todas las concesiones.

Además, se nombra por la Alta Dirección Pública, o sea, son concursos públicos donde pueden postular todos, bajo ciertos requisitos, y se elige por una comisión que, obviamente, depende del gobierno de turno, pero duran seis años, así que es muy difícil que se logren calzar o alguna cosa así, porque, además, son paneles técnicos.

Asimismo, no deben tener relación con las concesionarias ni con el MOP en los últimos doce meses. Obviamente, también se pide especialización, ¿qué especialización? Este panel está conformado por dos abogados, un ingeniero y un economista.

Lo primero es que resuelven controversias de carácter técnico económico. Lo segundo, no son vinculantes, o sea, sólo admiten recomendaciones. Con posterioridad a la recomendación, se puede ir a la comisión arbitral o a la Corte de Apelaciones, pero todas las controversias de carácter técnico económico tienen que pasar previamente por el panel. No se pueden ir a la comisión arbitral, si es que no pasan por el panel.

Los miembros se nombran para todas las concesiones, independientemente de que haya o no controversia, van a existir igual, el panel se tiene que constituir igual; por lo tanto, van conociendo la ejecución de la obra, desde que nace la concesión, obviamente, desde el período que le toca estar, que son los seis años.

Entonces, nace la concesión, se diseña, se construye y opera y el panel técnico va teniendo continuidad en ese proceso.

También quería comentar que el plazo que tienen para resolver son treinta días, se puede ampliar a sesenta, o sea, treinta días más. Lo bueno que tiene el sistema es que existe inmediatez de los requerimientos. El hecho de que se establezca un plazo de treinta o sesenta días, obliga al panel a tomar acciones inmediatas. Solicitan antecedentes, se les da plazo, si los antecedentes se piden y no se cumplen los plazos, a lo mejor se necesita más, se pueden ampliar los plazos, pero si no están los antecedentes, tienen que resolver igual. Entonces, es un proceso.

Las etapas del procedimiento. Se presenta la discrepancia, hay que ver si es admisible o no es admisible. ¿Por qué?, porque son solamente de carácter técnico económico y alguien podría discutir que es un aspecto que no es técnico económico, sino más bien un tema legal. Una vez que se declara la admisibilidad, se va a la audiencia pública, es una audiencia pública en serio, puede ir cualquier persona, además, al otro día tiene que estar en *YouTube*. Se emite la recomendación y luego la aclaración, en eso consiste el proceso.

Bueno, una de las cuestiones importantes es que este proceso es público y transparente y esto es superimportante. Hoy en día hay seis controversias que están en curso, ustedes pueden buscar, la página se llama «panelconcesiones.cl». En esta página ustedes pueden entrar, por ejemplo, a «estado de solicitudes» y ahí pueden buscar «solicitud de discrepancia», y ahí están listadas las discrepancias que existen.

Esto es bueno y malo, porque lo que pasa es que existen algunos gerentes que quieren ir sabiendo cómo va el proceso y aquí dice que no se les puede decir nada, ¿se presentó o no se presentó el escrito?, el escrito está acá, ¿qué escrito se presentó?, está acá, ¿cuándo se presentó?, ¿qué es lo que está pidiendo la otra parte?, está todo acá.

Porque, además, se resuelven cosas del Estado. Si se resuelven cosas del Estado, no entiende por qué tendría que ser privado, ¿o no?, no lo sé.

De estas seis discrepancias, yo he participado como asesor en cinco. Aquí está la opción «audiencia pública», por ejemplo, y ahí ustedes pueden ver el video de la audiencia pública, que lo tengo aquí abierto para hacerlo más rápido, ahí está el presidente que es Erwin Stagno. En esa audiencia pública, ¿qué presentamos? Presentó a la concesionaria, presentó al abogado, presentó al gerente de la concesionaria y al asesor técnico que era yo, donde le planteamos la controversia al panel.

El panel ya había tenido como quince días para leer la discrepancia; por lo tanto, las preguntas las tenía «pero así», nosotros habíamos preparado las preguntas, porque justo a los cuatro días previos a la audiencia, cada parte manda escritos con las observaciones de cada una de las partes; también nos habíamos preparado para las observaciones que nos había hecho la otra parte y ¿qué es lo que tiene que hacer? Existe un plazo, hay treinta o sesenta días; el panel en ese momento tenía que ir con mucho estudio sobre la situación. ¿Por qué?, porque sabe que después de la audiencia que es el día 20, no hay más plazo para resolver y, por lo tanto, va muy preparado y de verdad que nos cuestionaron bastante.

Entonces, ¿cuál es la riqueza del procedimiento? Primero, lo importante es que éste es un procedimiento que está partiendo en Chile, está desde el año 2010, hoy en día hay seis controversias, de las seis se han resuelto cinco y una controversia ha llegado a arbitraje, y ¿por qué?, porque la recomendación a una de las partes no le gustó y se pasó a la otra instancia. Por cierto, la parte a la que no le gustó era el Estado y dentro del Estado está la ley de que mientras existan otras instancias, tiene que seguirse las otras instancias y fueron a la instancia arbitral.

Entonces, lo importante es que el panel esté informado de la ejecución del contrato, es inmediato; al panel si se le ocurre algo, nos manda el escrito y nosotros, durante el período que dura la controversia, que es de treinta o sesenta días, tenemos que contestar. Existe certeza en los plazos; es un proceso multidisciplinario, ágil y concentrado; hay exposición de las partes y las partes de verdad que tenemos que ir preparadas; además, existe transparencia y publicidad.

Tenemos un problema sí, que es en relación a la solución anticipada, porque cuando existen controversias en donde el perjuicio todavía no está totalmente determinado, ¿cómo resuelve el panel? Hoy día, de hecho, hay resoluciones que han dicho cómo se debe resolver. Creemos que cuando nos toque resolver, vamos a tener que volver, porque no vamos a llegar a un acuerdo sobre cómo resolver, porque, obviamente, la controversia está todavía en curso.

Ahora, ¿hay mayor satisfacción y baja en costos de litigación?, todavía no lo sabemos, porque estamos recién en seis controversias. Lo que sí podemos saber es sobre la controversia que terminamos, la presentamos al panel, la recomendación nos dio a favor de la concesionaria —yo fui asesor de la concesionaria—, después como el MOP no quiso pagar, ¿qué instancia seguía?; la comisión arbitral. Fuimos a la comisión arbitral para presentar nuestra controversia; desde la recomendación a la comisión arbitral, nos demoramos dos semanas en terminar la presentación, fue un proceso bastante corto, bastante más corto que si lo hubiéramos tomado desde cero, sin ninguna recomendación.

Por lo tanto, ahí hay disminuciones en el proceso, se está haciendo más expedito, pero a la larga no sabemos cómo va a terminar, porque tenemos un caso que está en esta situación.

Lo más importante, y es lo que buscamos, es que hoy día hay historia y jurisprudencia sobre la forma de operar y resolver ciertas controversias y eso ¿por qué se los digo? Hoy día hay una controversia de un aeropuerto, están cobrando un concepto que es «gastos generales», que todos deben manejar. Cobrar gastos generales en una concesión en Chile es muy difícil, y el panel en este momento tiene que resolver y va a ser la primera controversia en relación a gastos generales.

Nosotros, que trabajamos para otras concesionarias, ¿qué creen que hicimos? Fuimos a la audiencia, estamos buscando los escritos para ver primero cómo se están presentado; segundo, cómo va a resolver el pa-

nel, para ver cómo encauzamos nosotros la causa. ¿Si la encauzamos por cómo está pensando el panel o la encauzamos para que demos vuelta a la opinión del panel? Entonces, es para nosotros importante este hecho de que haya una historia y una jurisprudencia.

Bueno, y lo que les decía, la información y la preparación para la siguiente etapa está quedando bastante preparada.

Ahora, tiene cosas buenas que son las cosas que les acabo de contar; las cosas malas, están por verse. Una de las cosas que creemos que pueden ser una debilidad para el sistema es que son cinco personas, que son para veintiún concesiones, veintiún concesiones que hoy día son 4,000 millones de dólares. Hasta la fecha, hay seis controversias, hasta ahora han andado perfecto y han cumplido los plazos, pero no sabemos qué podría pasar cuando tengamos veintiún en paralelo y no tengan cómo cumplir los plazos.

Bueno, ahí está también la ejecución presupuestaria. Este panel cuesta al año el orden de un millón de dólares, eso es lo que cuesta.

Bien, muchas gracias.

Intervención de Eric Franco Regjo

Muchas gracias, Eduardo, por esta superinteresante exposición sobre la experiencia en concesiones. Como saben, en el Perú lo que falta todavía en materia de concesiones, es reglamentar lo que salió en la Ley de Presupuesto del 2013, entonces, todavía no hemos podido ponerlo en práctica.

Dos temas que me parecieron particularmente interesantes de la exposición. En Chile se emiten recomendaciones y no decisiones, algo que en el Perú claramente se ha querido evitar en contrataciones públicas o

en situaciones en las cuales participa el Estado, pero es muy interesante la visión que has presentado. También, lo ven como una preparación para el arbitraje, no tanto como una posibilidad de que la disputa quede ahí y, seguramente, después vamos a entrar más en detalle sobre eso.

Otro tema también interesante es que están distinguiendo entre controversias técnicas y controversias legales, que es un punto bastante controversial, en el sentido de si es una buena práctica o no, pero eso lo discutiremos al final.

Yo quisiera ahora pasar a preguntarle a Álex Campos sobre la experiencia en Perú.

Intervención de Alexander Campos Medina

*Alexander Campos Medina**

Eric Franco Regio: Álex, ¿cómo ves las JRD en Perú?

Alexander Campos Medina: Gracias, Eric, gracias a los organizadores del evento por invitarme nuevamente a acompañarlos. La verdad, felicito a mis predecesores, realmente me han parecido superinteresantes y he disfrutado bastante de las ponencias anteriores y me han servido un poco para reflexionar sobre cómo hacemos las cosas en el Perú.

No sé si ustedes tuvieron alguna oportunidad, pero en la década pasada, habían estos *dispute boards*, que eran básicamente los *dispute boards* que habían sido organizados o establecidos porque en los presta-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho por la Universidad de New York. Es socio de Campos/Abogados en Infraestructura, vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y árbitro registrado en OSCE, el Centro de Arbitraje de la PUCP, Amcham y la Cámara de Comercio de Lima.

mos internacionales de los organismos multilaterales que utilizaban el modelo Fidic armonizado, ya venía en el Fidic armonizado bien metida una figura que se llamaba el *dispute board* y nadie sabía bien qué era, pero estaba ahí y había, pues, que hacerlo.

La verdad es que por muchos años nos pasamos haciendo mini arbitrajes, era una suerte de *moot* arbitral. Las decisiones de la junta rara vez no se llevaban a arbitraje y, básicamente, se veía como un ensayo, un simulacro, mostrarse las cartas antes de llegar al verdadero campo de batalla y nos pasamos años haciendo eso.

Después, obviamente, viendo la experiencia internacional, comenzamos a estudiar un poco más en qué consistían los *dispute boards* y nos dimos cuenta de que, en realidad, muy por el contrario de lo que estábamos haciendo, los *dispute boards* tenían otra función. De hecho, yo rescato una cosa que dijo mi tocayo Álex, que los *dispute boards* son tanto una herramienta de administración contractual, o sea, sirven tanto en el manejo contractual, como sirven como mecanismo de solución de controversias; es una cuestión híbrida.

Es decir, el *dispute board* entendido correctamente y entendido en su máxima expresión, es tanto una herramienta de buena administración contractual, como un mecanismo de resolución de controversias y ahí está su riqueza.

Quiero creer, respondiendo a la pregunta de Eric, que con las incorporaciones que hemos hecho del mecanismo, primero en la Ley de Concesiones, en la Ley de APPs y, evidentemente, lo que está ahora de moda que es la Ley de Contratación Pública, quiero entender que es como el primer paso a comprender correctamente. Digo que es un primer paso, porque como todo, iremos aprendiendo en base al ensayo y el error.

Yo sé que muchas personas piensan que existen muchos errores en la Ley de Contratación Pública sobre los *dispute board* que, de hecho, los hay, seguramente lo veremos más adelante; pero yo prefiero ver, el vaso medio lleno, que medio vacío. Existe, en mi opinión, un reconocimiento de un principio elemental en la construcción: la peor obra es la que se demora, lo peor que le puede pasar a una obra, no es perder o ganar un arbitraje, lo peor que le puede pasar es que se demore demasiado y la muerte, prácticamente, de la obra, que es la paralización de la obra.

Normalmente, las obras cuando se paralizan, sufren una estocada de la cual muy pocas obras se reponen y cuando se reponen, lo hacen a un costo muy alto. Entonces, en esa idea yo quiero creer e invito a todos a reflexionar sobre la utilidad de los *dispute boards* en obra pública, pero enfocados, básicamente, en la siguiente pregunta: cómo hacemos dentro del marco legal actual, que tiene un montón de limitaciones, un montón de restricciones y podemos discutir si son técnicas o antitécnicas, si son legales o no, si son convenientes o no, pero dentro de ese marco que es, el día de hoy, la música que nos toca bailar, existe campo para ese reconocimiento de que la obra no puede parar, de que hay que evitar la famosa espiral del conflicto, el conflicto es como una bola de nieve, una vez que comienza a rodar hacia abajo, ya no la para nadie y cada día es más grande.

La idea de los *dispute boards* creo que es ésa, es «oye, paremos la bola de nieve cuando la bola todavía es pequeña y no ha comenzado a rodar». El arbitraje es un mecanismo que solamente distribuye pérdidas, o sea, decide quién soporta la pérdida, no evita que la pérdida se produzca. El arbitraje en esta línea, es forense, es CSI, «¿de qué se murió y quién es el culpable?», pero no evita que se mueran.

César se va a reír, porque yo siempre hago metáforas con el matrimonio. El arbitraje no evita el divorcio, la mesa de disputas sí, porque en el lado de la administración contractual, funciona como consejería

matrimonial cuando la esposa y el esposo realmente quieren solucionar el problema, cuando hay colaboración. Cuando los esposos no quieren solucionar el problema, ni el mejor consejero matrimonial salva ese matrimonio.

En esa perspectiva veo yo la evolución y creo que debemos analizar las ventajas y desventajas de la nueva norma.

Intervención de Eric Franco Regjo

Muchas gracias, Álex. Ahí justamente la pregunta que te quería hacer es ¿cómo ves la nueva norma, la directiva de OSCE y el reglamento?

Intervención de Alexander Campos Medina

Como les decía, veo el vaso medio lleno. Existe una tendencia y, seguramente, para nuestros colegas extranjeros, a Álex y a Eduardo, esto les puede parecer un poco raro de entender, pero es el mercado peruano y es nuestra idiosincrasia, a veces queremos hacer bien las cosas, hacemos buenas normas, extraordinarias directivas y, al final, les agregamos un párrafo que borra con la mano izquierda todo lo que hicimos con la derecha. Eso pasa mucho.

¿Cuál es el tema? El tema es que ha habido una opción muy valiente de imponer las mesas de disputas, pero al final cuando ya se iba armando el reglamento y todo el mundo quería colaborar y ya estábamos convencidos porque estaba en la ley y todo el mundo celebraba, ya todo el mundo quería abrir el champán, pero faltaba el reglamento y después, obviamente, la directiva; comenzó a surgir una preocupación que es válida por parte, básicamente, de las entidades públicas, que es «oye, pero si yo defiendo el interés público y la obra es pública, ¿cómo juega esto con las normas legales?».

Esto plantea un desafío superinteresante, ¿por qué? Porque, básicamente, las mesas de resolución de disputas han sido hechas para discutir temas técnicos, o sea, tampoco seamos ingenuos, las mesas han sido hechas por ingenieros para evitar a los abogados, ésta es una verdad y Eduardo no me dejará mentir ¿Por qué?, porque los abogados complicamos las cosas, así de sencillo, todo es debido proceso, no me dejan hablar un minuto más y han violado mi debido proceso.

Entonces, ¿qué pasa? La mesa de resolución de disputas tiene un matiz técnico, pero ¿qué pasa?, ¿cómo se compagina eso, cómo se equilibra con el válido interés de las entidades públicas de que al final esto, como nos contaba muy bien Eduardo, no termine siendo un arbitraje de conciencia? Entonces, se crea la figura del técnico legal, es decir, se crea la figura del ingeniero abogado y no hablo del abogado ingeniero, porque ningún abogado en su sano juicio intentaría ser ingeniero, ingenieros que quieran ser abogados o que están estudiando para ser abogados, sí hay un montón, yo veo un par ahorita en esta sala y no los voy a delatar. Un abogado nunca, ni lejanamente, justamente nos metimos al derecho para no ver números, ¿por qué vamos a regresar a los números?, no tiene sentido.

Pero, fíjense, compaginar eso y entender eso es la clave y en mi opinión no es una diferencia insalvable, es un desafío grande, pero no es para nada insalvable y creo yo que, sobre todo, mientras generemos a los profesionales que estén a la altura de un desafío tan grande, deberemos tener expectativas más modestas con respecto a los *dispute boards*. Paso a paso.

Lo que me daría mucha pena es que intentemos en grandes contratos establecer masivamente los *dispute boards* y que hayan grandes frustraciones, para que al final la gran discusión sea si el *dispute board* es competente o no es competente. Cosa que si ustedes han leído la directiva, si han leído el reglamento, está más o menos regulado, pero no claramente regulado y ahí voy al tema del técnico no técnico.

En mi opinión, la diferencia entre técnica y no técnica es antitécnica, rara vez se presenta en arbitraje de obra privada y, mucho menos en obra pública, alguna controversia que sea estrictamente técnica, las hay, pero la verdad es que son muy pocas.

Intervención de Eric Franco Regjo

Muchas gracias, Álex. Hay varios temas para profundizar en este pequeño momento que tenemos para hacer algunas preguntas, pero antes de plantear las preguntas quisiera pedirle al público si alguien tiene alguna pregunta puntual, si tiene algún tema que quisiera plantear, cosa que todos los que quieran participar, dicen sus preguntas, las anotamos, las agrupamos por temas y aprovechamos este tiempo corto que tenemos para tratar de abordar la mayor parte de temas que podamos, ¿Alguien quiere plantear alguna pregunta?

Primera pregunta del público: No se escucha el tenor de la misma.

Intervención de Eric Franco Regjo

O sea, la pregunta es, para ver si le estoy entendiendo bien, al ser una recomendación, en qué medida las partes acatan la recomendación o si siempre se van a un arbitraje. Ok.

Yo tengo una pregunta para el público, para las personas de entidades que veo varias, ¿alguien se está animando a incorporar *dispute boards* en sus contratos?

Segunda intervención del público: Por ejemplo, un ejemplo técnico, por decir, una discusión entre ingeniería básica e ingeniería de detalle, asignación de riesgos hacia el contratista y la entidad; esa discusión de ingeniería básica e ingeniería de detalle respecto de obras electromecánicas, tiene estrictamente un perfil técnico, por lo tanto,

desentrañar ese concepto para un tribunal arbitral, por más que tenga mucha experticia, casi siempre recae en una pericia. Entonces, los árbitros, prácticamente, se ponen una venda y dicen «el perito dirá lo que debe de ser», entonces, ésa es la razón por la cual considero que sí hay que incorporar en obras de magnitudes superiores a veinte o treinta millones de dólares, el *dispute board*.

En la entidad en la que yo trabajo, sí pues, estamos promoviendo otra obra pública muy interesante, en la cual vamos a incorporar esta herramienta, para justamente evitar laudos que muchas veces no son bien entendidos por las partes por el matiz técnico.

Un concepto adicional. Los gastos generales de fijos y variables respecto de un suministro o una obra civil en sí misma, ¿tienen características técnicas? Sí. Entonces, eso ha de evitar no solamente que el Estado pierda o, finalmente, gane; sino implica que la obra en sí misma va a tener rentabilidad, porque a mayor ampliación de plazo, la rentabilidad de una obra se va a ver seriamente afectada e, inclusive, podría convertirse en una obra no rentable.

Entonces, ésa es la razón por la cual nosotros hemos evaluado técnico-jurídicamente la necesidad de incorporar una junta de resolución de disputas.

Intervención de Eric Franco Regjo

Muchas gracias.

Tercera intervención del público: Gracias. En realidad, toda controversia técnica dentro de la ejecución del contrato, va a tener consecuencias jurídicas. En realidad, tengo la impresión de que el *dispute board* se convierte en una prueba preconstituida previa al arbitraje, porque —por ejemplo— en el caso que señala el doctor Campos, ¿por

qué se cayó el túnel?, ¿por qué se derrumbó ese túnel? Eso, finalmente, fija un tema técnico, pero la consecuencia jurídica va a ser definida en un arbitraje de derecho. Entonces, ¿cuál es el valor de la resolución que emite la mesa de resolución de controversias? Porque, aparentemente, termina siendo como un peritaje de oficio, a pesar de que es hecho por un tribunal ajeno a las partes.

Cuarta intervención del público: Buenas tardes a todo el panel. Bueno, en realidad, antes de mi pregunta, que es bastante concreta, yo quería hacer un comentario acerca de los *dispute boards*, que se llaman junta de resolución de disputas en el Perú. En mi experiencia, yo vengo de la ciudad de Trujillo, me animé a hacer la tesis sobre este tema, porque me parece que es bastante interesante y la realidad que vivimos en provincias es que los árbitros, los ingenieros con los que podemos conversar más o menos al respecto, no conocen que existe este mecanismo de resolución de conflictos en el Perú. Si bien es cierto, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP es el pionero, ya han tenido hace bastante tiempo su reglamento de *dispute boards*, en las provincias no conocemos los beneficios, las ventajas, las desventajas.

Entonces, el comentario es que se necesita hacer un trabajo de difusión, como decía bien el doctor Álex, necesitamos hacer un trabajo de difusión alrededor de todo el Perú, para que puedan conocer los beneficios y las desventajas.

Más o menos mi pregunta iba dirigida a nuestra experiencia en el Perú, ¿cómo ha ido evolucionando este mecanismo en el Perú, si tenemos o no hemos tenido de repente algunos proyectos que han sido considerados en ese tema de *dispute boards*? Y, además, si es que en realidad el arbitraje y la junta de resolución de disputas van a coexistir, ¿tiene un futuro esto?, ¿van a coexistir?, ¿se complementan? A mí me queda claro que se complementan; sin embargo, hay diversas opiniones de juristas que han ido investigando sobre el tema. Además, si es que su complementariedad va a contribuir con un mejor sistema de administración pública en el Perú.

Intervención de Eric Franco Regjo

Muchas gracias. Agrupando los temas que han salido; por un lado, la eficacia de las recomendaciones y cómo se engarza eso en el mecanismo de resolución de conflictos, qué tan eficiente, qué tan útil es contar con recomendaciones.

Luego, otro tema es la discusión entre lo técnico y no técnico en las controversias. Como ha dicho Álex, acá en el Perú la discusión ha girado en torno a decir que la distinción es antitécnica; sin embargo, en los contratos de Proinversión vemos que se hace la distinción y se dice «si hay dudas sobre si es técnico o no, se va a la regulación de no técnico»; sin embargo, en la ley se ha optado por no hacer la distinción, lo cual ha sido el resultado de un proceso de discusión a nivel nacional; en cambio en Chile, vemos que en el tema sí se hace la distinción y eso tiene que ver con el tema macro que fue, como lo dijo Álex, el tema de competencia de la junta, le llega una controversia y podrían cuestionar la competencia o la junta podría terminar resolviendo algo que después termine siendo cuestionado porque no tenía competencia para hacerlo. Ese es el tema grande que está atrás del tema técnico y no técnico.

Un tema que no ha sido planteado, pero que yo quisiera plantear para una última ronda muy breve de comentarios, es el tema de honorarios. Ni la ley, ni el reglamento, ni la directiva actuales tocan el tema de honorarios, lo dejan totalmente abierto ¿Mejor, peor? No sé, la cosa es que quisiera también pedirles a los panelistas que puedan hacer un comentario sobre el tema de honorarios, cómo han visto que se pactan, cuál creen que es la buena práctica.

Luego, un tema relacionado con el tema técnico y no técnico es el del perfil del adjudicador, ¿un abogado puede ser adjudicador o solamente un ingeniero? Como sabemos, nuestra ley dice que tiene que ser un ingeniero, un arquitecto para presidente o adjudicador único y, en el caso de los dos adjudicadores adicionales si son tres, tiene que tener co-

nocimiento en ejecución de obra. Eso está sujeto a interpretación, ¿qué cosa es saber ejecutar una obra o tener experiencia en ejecución de obra?, ¿un abogado puede tener experiencia en ejecución de obra? Eso es algo sobre lo que también quisiera pedirles un breve comentario al respecto.

Uso de *dispute board* en Perú, se lo dejo al doctor Campos para que haga un comentario; y sobre arbitraje y *dispute board*, si se complementan o no, definitivamente, el *dispute board* va a reducir la cantidad de arbitrajes, pero se puede ver también como que la torta crece, o sea, va a haber más inversión pública, si es que se quiere cerrar la brecha en infraestructura que es de 160 billones de dólares hasta el 2025, esto no se puede hacer con el esquema que tenemos actualmente, necesitamos un esquema como *dispute board* para llegar a alcanzar esa meta, de lo contrario, nunca lo vamos a hacer como país.

Está bien, entonces, quisiera pedirle a cada uno un comentario de dos minutos para cerrar. Empezamos por Álex, por favor.

Intervención de Álex Wagemann Farfán

A ver, no sé si me van a alcanzar los dos minutos. Yo les había comentado en mi presentación que le había echado un vistazo al reglamento, al artículo 205 y siguientes del reglamento y me llamó la atención un par de cosas como, por ejemplo, las reglas en relación a los montos, qué pasaba si no había pronunciamiento dentro del plazo, pero me llamó la atención que no había un procedimiento, entonces, me parece muy legítima la pregunta de «bueno, ¿qué es lo que pasa con las recomendaciones que da la junta de resolución de disputas? y eso yo creo que pasa porque es necesario contar con un procedimiento.

Yo tuve la oportunidad de participar en la redacción del reglamento de los *dispute boards* de la Cámara de Comercio de Santiago, que sigue un poco la lógica de la Cámara de Comercio Internacional; y lo que

hace es distinguir o diferenciar entre las decisiones y las recomendaciones. El panel puede tener esas dos funciones, o bien derechamente tiene una función solamente recomendativa y a eso se dedica, o bien una función de adjudicación en donde toma decisiones. La verdad es que no existe mayor diferencia entre el poder vinculante que tienen una y otra, quizá la única diferencia entre una y otra tiene que ver con que el momento del cumplimiento tiene que ser inmediato o no.

¿Qué quiero decir con eso? Que cuando hay una recomendación, aquél que se ve perjudicado tiene que cumplir ante la recomendación y puede impugnar la resolución en un arbitraje o, en el otro caso, tiene la posibilidad de impugnar directamente ante un árbitro o ante un juez, lo que se designe, sin tener la obligación de cumplir. Ésa es únicamente la diferencia.

En ambos casos siempre está la posibilidad de poder ir a un arbitraje, ¿por qué? Porque lo que se ha interpretado es que cuando tú tienes un *dispute board*, el incumplimiento de una decisión o de una recomendación, equivale a un incumplimiento de contrato y, por lo tanto, te vas por la línea de un incumplimiento de contrato y te vas a un arbitraje o a un juicio, bajo la lógica del incumplimiento de contrato y, de esa manera, lo vuelves compulsivo. Eso, en relación al tema del procedimiento.

Naturalmente que hay razones por las que no ha funcionado en muchas oportunidades el *dispute board*; por motivación errónea del implementador o el dueño, no lo está haciendo por las motivaciones correctas; falta de entendimiento respecto al tema de los expertos; falta de alineamiento por parte de quienes tienen que utilizarlo.

Me llamó también la atención la visión dicotómica que, en alguna oportunidad, hemos conversado con Eduardo en otros lugares, a propósito de la marcada visión del abogado y la marcada visión del técnico. El abogado ve esto como una forma de preconstitución de prueba, el técnico lo que quiere es resolver el problema y avanzar en el proyecto. ¿Dónde se logra la convergencia entre ambos puntos? Bueno, conside-

rando que desde el punto de vista del arbitraje, las resoluciones o las recomendaciones de la junta de resolución de disputas son, efectivamente, casi una prueba pericial, pero eso es en la medida en que trabajan como *ad-hoc*, vale decir, resolviendo una controversia; pero no hay que olvidar también que hay otra función muy importante que tiene la junta de resolución de disputas y que es esta condición *standing*, este acompañamiento que debería hacer a las partes y las instancias informales que, desafortunadamente, por lo que vi, no quedó en el reglamento y que debería ser, seguramente, el primer mejoramiento a desarrollar.

Intervención de Eduardo Sanhueza Gómez

Bueno, en relación a si las recomendaciones sirven o no sirven, o si tienen efectividad o no efectividad, puedo decir que yo tengo una visión ya con la experiencia, depende de si estamos en el ámbito público o en el ámbito privado y de la madurez de los que están en la implementación de estos procesos.

Tengo un caso ahora entre una minera y una empresa constructora en Chile que tiene un DRB y han resuelto tres recomendaciones y las tres recomendaciones han sido aceptadas por ambas partes, y eran quince millones de dólares en total. Yo actué como presidente de un DAB, eran veinte millones de dólares, la cláusula siguiente después del DAB, venía un arbitraje internacional en Francia. Nosotros resolvimos y ninguna de las partes fue al arbitraje en Francia, bueno, ustedes dirán que porque era tan caro ir a Francia. Pero, lo que quiero decir es que en ese caso, son contratos privados y, efectivamente, tanto en recomendaciones como en *adjudication* o en resoluciones, se toma y todo depende de la madurez de las partes y de las recomendaciones que dé el panel, en cuanto a su fundamento y en cuanto a su ejecución. Eso, por una parte.

Ahora, cuando estamos en el ámbito público, déjenme decirles que por más que digan que es una *adjudication* o resolución y no una re-

comendación, el Estado va a seguir en las instancias superiores, por ley lo va a tener que hacer así, me imagino. Por lo menos en Chile, sea recomendación o sea imposición o resolución, el Estado por ley tiene que seguir en las instancias superiores. Es muy difícil que, aunque sea *adjudication* o sea recomendación, el Estado se quede ahí. Me da la impresión, que, por lo menos, en los casos públicos por definición, por lo menos en Chile, van a las instancias superiores.

Me da la impresión, que aquí todos me miran medio feo, quiere decir que aquí llega la resolución y el Estado la va acatar, no lo sé, no me queda tan claro, ayer escuché la ejecución de los laudos, el arbitraje, incluso, o sea, estamos hablando de la instancia superior. Por eso no nos conformemos con que no sean recomendaciones y que por eso se van a considerar, y poco menos, que van a ser una letra para que el Estado las asuma, no me queda tan claro.

Luego, en relación a los honorarios que no sé por qué siempre importan mucho, bueno, en Chile el presidente del panel gana 10,000 dólares mensuales, ¿por qué? Porque funciona de manera permanente y él tiene dedicación exclusiva, no puede realizar ninguna actividad más y solamente puede hacer clases en universidades reconocidas por el Estado, a ese nivel, o sea, ni siquiera puede hacer clases en la universidad que él quisiera; y un panelista en Chile gana del orden de 200 a 800 dólares por hora, no sé si será mucho o poco, pero eso es lo que se está pagando hoy día. En porcentajes en relación a los montos del proyecto esto oscila entre 0.5% a 1.5% del valor del contrato, o sea, estamos hablando de muy poca plata. Claro, si uno lo compara con un arbitraje, ¿cuánto cuesta?

Ahora, si vamos a arbitraje, yo creo que igual se genera un ahorro. Pero, creo que el tema no pasa por cuánto cuesta, el tema va por una discusión mayor.

Lo último que quisiera agregar es que el mirar la junta de resolución de disputas como un peritaje previo, es porque no estamos entendiendo qué es un *dispute board* y si nos cuestionamos mucho sobre si son inge-

nieros o son abogados, es que no estamos entendiendo cómo se ejecutan los contratos en la realidad, porque los contratos para los que les ha tocado administrar contratos, para los que les ha tocado implementar contratos de construcción, esa pregunta no debería ni existir, porque los temas no son ni blancos, ni negros y tiene que ver con la ejecución de contratos, tiene que ver con la ejecución de intereses, de riesgos, que ni un solo ingeniero experto lo va a poder resolver y ni un solo abogado experto lo va a resolver.

Mi opinión es que pueden coexistir y que en la medida en que haya buenos presidentes y en la medida en que haya buenos miembros, se puede generar una muy buena complementación para lograr buenas recomendaciones o adjudicaciones.

Intervención de Eric Franco Regjo

Muchas gracias, Eduardo, excelente. Antes de darle la palabra a Álex, nada más quisiera decir que, en mi opinión, la opción por decisiones que son obligatorias desde el momento de su emisión, pero que pueden ser llevadas a arbitraje, que es el modelo de Perú, me parece bastante adecuado para el sector público, pero bueno, es un comentario personal. Álex.

Intervención de Alexander Campos Medina

Sobre el tema de la experiencia en *dispute boards* en el Perú, en obra privada funciona y funciona perfectamente. Es más, te diría que ya no solamente es el estándar de la industria, la mayoría de cláusulas de controversias tienen un sistema de administración, porque no es un sistema de solución de controversias, es un sistema de gestión y administración del conflicto que, normalmente, tiene un mecanismo pre arbitral y otro arbitral, y el prearbitral, ahora el estándar, es el *dispute board*.

Tan es así que, incluso, la tendencia el día de hoy ya no es el *dispute board*, sino herramientas mucho más innovadoras, incluso, que el *dispute board*, como las estrategias de *partnering*, que llevan el concepto de consultoría, asistencia, de *standing*, mucho más allá.

En obra pública, evidentemente, estamos todavía dando los primeros pasos. Si a mí una entidad pública me preguntara por dónde empezar, es decir, «oye, tengo la clara intención de comenzar, ¿por dónde empiezo?», yo le diría que lo que tienen que hacer es diseñar bien qué tipo de controversias, obviamente, dentro del marco legal y seleccionar con mucho cuidado a los profesionales que van a formar parte del *dispute board*, porque el mejor *dispute board* es el que tiene buenos miembros.

En esa línea, dentro de las condiciones que hay que seguir en obra pública con los *dispute boards*, entre este arquitecto o ingeniero con conocimiento en contratación del Estado, es decir, que es el ingeniero abogado, que tiene que ser presidente o adjudicador único y entre los otros miembros que pueden tener cualquier otra profesión, léase abogados, con experiencia en ejecución de obra, es decir, el abogado ingeniero; quiero entender que cuando se refiere a ejecución, no se refiere a que haya llevado los ladrillos, quiero entender que tiene experiencia en administración contractual de obra, quiero entender eso.

Jugando con este marco, lo que hay que pensar es que hay un montón de controversias muy comunes en obra pública que pueden calzar perfectamente en ese esquema y menciono tres: evidentemente, ampliaciones de plazo, que es un supertema y además el 30% de las controversias deben ser por ampliaciones de plazo; segundo, el alcance contractual, sea a suma alzada, concurso oferta, el contenido contractual; y, la cuantificación de mayores costos cuando esos costos están ya previamente, entre comillas, reconocidos por la legislación, porque también hay otra norma —perdida por ahí— que dice que las juntas no pueden ver nada que no esté expresamente reconocido por el reglamento.

En esas variables hay que comenzar a hacer, en mi opinión, planes pilotos, funcionan muy bien para eso.

Contradictoriamente, la norma te dice que, por ejemplo, el *dispute board* sí puede ver resoluciones o nulidades de contrato, cosa para lo cual, obviamente, no va a ser de mucha ayuda; pero, jugando con lo que hay, yo me sentiría absolutamente satisfecho si el porcentaje de controversias que al día de hoy es inmanejable, no hay servicios arbitrales en general, no hay árbitros, no hay peritos, no hay secretarios, no hay centros suficientes para la marea de arbitrajes que hay. Si podemos reducirlo en esos tres temas que estoy comentando, en mi opinión, eso ya es un gran logro y, en cuanto al segundo paso, ese puente lo cruzaremos cuando lleguemos a él. Es mi opinión.

Intervención de Eric Franco Regjo

Muchas gracias, Álex, muchas gracias, Eduardo, muchas gracias, Álex también. El tiempo nos ha quedado extremadamente corto, podríamos seguir acá bastante tiempo más; pero, estamos muy contentos de haber podido compartir en este contexto nuevo de expectativas, de pensar si funciona, si no funciona, si las entidades se van a animar a incorporarlo o no y, bueno, como ha dicho Álex, en el Perú el vaso está medio lleno y hay que aprovechar la oportunidad.

Bueno, gracias.

7. QUINTO PANEL: GESTIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SECRETARÍA ARBITRAL

Álvaro Aguilar Ojeda (moderador)

Silvia Rodríguez Vásquez (ponente)

Roger Rubio Guerrero (ponente)

Juan Carlos Mejía Mediavilla (ponente)

Rafael Bernal Gutiérrez (ponente)

Gustavo Bayona MacPherson (ponente)

Palabras de presentación del panel de César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Buenas noches. En este panel están mis amigos. Tenemos con nosotros al secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Roger Rubio; al secretario general de Amcham, Álvaro Aguilar; y a la secretaria general del Centro de Arbitraje de la Católica, Silvia Rodríguez.

Además, nos acompañan dos directores, presidentes y con amplia experiencia en centros de arbitraje, uno de los más importantes en América Latina, donde quien les habla conoció por primera vez lo que es el arbitraje hace más de treinta años, y me refiero a Rafael Bernal. Rafael es un señor de señores para nosotros y siempre ha tenido esta amplia disposición por decir «César, vengan aquí, nosotros vamos a compartir con ustedes nuestra experiencia». Rafael, tiene la misma característica que yo, dejó ya de ser director y, entonces, yo le he dicho que voy a formar una asociación con él para ver cómo andamos juntos.

Y, a su vez, está Juan Carlos Mejía, a quien tuve la suerte y la satisfacción de conocer hace muy poco en Santiago de Chile y luego en una reunión en São Paulo, ¿qué estábamos haciendo? Quiero compartir esto, porque es una anécdota muy interesante. Ambos estábamos promoviendo la creación en nuestros países de la sección nacional de la Cámara de Comercio Internacional de París y con satisfacción puedo decirles que Ecuador y Perú, nacimos juntos y ahora ya tenemos una sección nacional de la Cámara de Comercio Internacional; por eso es que mañana se viene a exponer qué quiere decir eso en la noche, el ser sección nacional, y Juan Carlos ha sido el promotor de la sección nacional, que ahora también hay en Ecuador.

Entonces, solamente quería aprovechar este momento que, en verdad, no me debería tocar, pero me quiero tomar la libertad de agradecerles esta disposición de que en nuestro país es posible la unidad y es posible compartir experiencias de lo que es una verdadera secretaría arbitral.

Muchas gracias a ustedes.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

*Álvaro Aguilar Ojeda**

Buenas noches, es un gusto tremendo estar acá en mi universidad. Quería agradecer a César, particularmente, por darme ese placer y, a través de él, agradecer al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

En este panel vamos a hablar sobre las gestiones que tiene la secretaría arbitral en las instituciones y los aportes que éstas hacen al sistema arbitral.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Regulación en la UPC. Es secretario general del Centro Internacional de Arbitraje de Amcham Perú.

En un primer momento, Silvia Rodríguez nos va a hablar un poco sobre las tareas que desempeña la secretaría en un arbitraje y cuál es el límite para diferenciar entre las labores de un árbitro y las labores de un secretario. Silvia, por favor.

Intervención de Silvia Rodríguez Vásquez

*Silvia Rodríguez Vásquez**

Buenas noches. Muchas gracias. Bueno, nosotros somos anfitriones y queremos agradecer a ustedes, más bien, por haber aceptado esta invitación y, como dice el doctor César, es un hito estar los centros más importantes de Lima y, obviamente, a los invitados del extranjero que nos están acompañando, también les agradezco muchísimo por compartir experiencias.

A mí me ha tocado hablar de una figura no comprendida, que es la secretaría arbitral. Yo vengo desempeñándome como secretaria general de arbitraje desde el año 2001, aproximadamente, y en estos dieciséis años he visto muchas cosas entre amor, odio, rencor, incluso, hasta abuso psicológico a algunos secretarios arbitrales, no solamente por parte de los árbitros, sino también por parte de las propias partes.

Entonces, es una figura, es un oficio de un profesional, a veces son bachilleres, a veces no comprendido. Y es que si ustedes se dan cuenta, acá está el coautor de la ley, habrán visto que en nuestro decreto legislativo, definitivamente, no está la figura de la secretaría arbitral.

Pero, bueno, vamos adelante; primero, diciendo quiénes son los intervinientes en un arbitraje. Tenemos a las partes y a los operadores del

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Derecho Civil en la misma casa de estudios. Es secretaria general del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

arbitraje, operadores que deben estar realmente formados en arbitraje, los abogados, los secretarios, los árbitros. Las partes vienen, tal vez, con un sistema judicializado, vienen tal vez pensando encontrar en este mecanismo un sistema muy parecido al judicial; por eso es que están los operadores del arbitraje, para explicarles que el mecanismo no es lo mismo, que no hay que presentar reconsideraciones por cada decisión de los árbitros, que no se tiene que pedir reprogramaciones de audiencia a cada momento, ni siquiera en el Poder Judicial se da esto. Entonces, para eso están los operadores del arbitraje.

¿Quiénes son los operadores? Los abogados de la parte demandante y demandada, es muy recomendable realmente que se puedan instruir en arbitraje; están los árbitros, que son los que, obviamente, van a resolver, para mí también es muy necesario que se instruyan en lo que es, efectivamente, el arbitraje y así evitar también algunas constantes interrupciones como si fuera el Poder Judicial, que tomen mucha iniciativa y tengan realmente el proceso en sus manos y evitar que las partes puedan encimarlas; y también tenemos al secretario, esta imagen es tal cual le sucede a los secretarios arbitrales, tienen que atender a las partes, tienen que atender a los árbitros, tienen que atender, obviamente, los requerimientos de la propia secretaría general de arbitraje, entonces, tienen unos seis brazos, cuatro ojos, etc.

Pero, en realidad, el secretario arbitral es el engranaje que tiene el arbitraje para poder impulsar. No digo puente, digo engranaje, porque es el que le da el impulso, ése es el deseo, creo, de todos los centros de arbitraje, que sus secretarios arbitrales le den el impulso a los arbitrajes; pero, obviamente, necesitan del apoyo de los demás operadores del arbitraje.

Entonces, la pregunta es ¿es necesario un secretario arbitral? Hace un momento les acabo de decir que el decreto legislativo no señala la existencia de un secretario arbitral necesario y es que hay dos corrientes, la judicialista y la administrativista. En la primera se entiende al secretario arbitral como un secretario de juzgado, entonces, regulémoslo,

él es el que firma, él es el que de repente ayuda a los árbitros a dar fe a determinadas cosas, por ahí leí algo que le decían «ministro de fe», no sé realmente. En la otra corriente, sólo se entiende como gestiones administrativas y que el árbitro es el que se encarga de todo, él es el que proyecta las resoluciones, el que solamente le pide «sabes qué, notifica tal cosa», y la labor del secretario debería ser una gestión administrativa.

Como les digo, en el Decreto Legislativo n.º 1071 existe el arbitraje *ad-hoc* y, por lo tanto, un secretario *ad-hoc* y un arbitraje institucional y, obviamente, puede haber un secretario institucional. Pero, no hay, no está la figura o la función de lo que es el secretario arbitral; sin embargo, la Ley n.º 30225, la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, sí establecen esta figura. Entonces, vamos viendo que hay una discordancia en nuestra propia normativa, porque la Ley de Arbitraje asume la corriente administrativista, mientras que podríamos decir que la Ley n.º 30225, sí señala la figura como si fuera una función y la regula en algo, porque no da funciones.

Yo me voy a centrar en lo que es el secretario arbitral institucional, no voy a hablar de los secretarios *ad-hoc* y primero quería decirles qué es lo que hace un centro de arbitraje. Un centro de arbitraje tiene todas estas funciones, es nominador de árbitros, determina reglas, hay también una determinación de costos, también es proveedor de sede y logística, resuelve recusaciones cuando así se lo piden y gestiona los arbitrajes.

Entonces, es ahí donde encontramos a la secretaría arbitral, hay una gestión del arbitraje donde se reciben escritos; donde se entregan los escritos, por ejemplo, a los árbitros, que no están en la sede, muchas veces algunas partes no saben que los árbitros no trabajan dentro del centro de arbitraje, hay que llevarles los escritos a sus oficinas; obviamente, notificamos a las partes; se custodian las actuaciones arbitrales, esto es algo muy importante que algunos árbitros a veces no lo entienden, el expediente arbitral, las actuaciones arbitrales deben estar en un expediente y deben estar en la sede; se hacen las coordinaciones con los árbitros;

coordinaciones con las partes; se da el impulso al arbitraje; y se apoya a los árbitros en la elaboración de resoluciones.

Entonces, las funciones de la secretaría arbitral pueden ir variando en el tiempo y pueden ir sumándose algunas cosas o, de repente, restándose. No cabe duda de que los medios informáticos nos están ayudando muchísimo a trabajar a través de los mails, los correos electrónicos. Por ejemplo, nosotros, desde este año, estamos tratando de implementar estos envíos a los árbitros a través del correo electrónico para que les lleguen mucho más rápido los escritos; sin embargo, hemos tenido algunas reticencias, algunas molestias, no les parece, ellos quieren en físico el documento.

Bueno, esperemos que en algún momento se pueda instaurar en el Perú el arbitraje *on line*, que creo que en Bogotá funciona, de repente Rafael nos podrá decir más adelante. Pero, lamentablemente, nuestra idiosincrasia no nos está permitiendo llegar a eso, porque si un escrito de diez hojas que nosotros lo enviamos en *pdf* les resulta complicado, imagínense trabajar todas las actuaciones arbitrales a través de este medio.

Entonces, sigamos hablado de las gestiones. Bueno, es la gestión de los documentos; se reciben escritos; se entregan los escritos a los árbitros; se notifica a las partes, esperemos que algún día lleguemos a ser como el Poder Judicial que también tiene sus casillas electrónicas; la custodia de las actuaciones arbitrales, la propia norma dice que debemos tenerlo por un tiempo determinado y, luego, desecharlo.

Ayer hablábamos con el exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y decía que tenía muchos problemas en conseguir expedientes, para poder hacer los exámenes de grado, para que los chicos estudien. Yo creo que los centros de arbitraje estamos llamados a poder entregar de repente esos expedientes para que puedan conocer esos estudiantes próximos a optar por el título.

La función de gestión de personas es la más difícil, diría yo. Implica coordinar con los árbitros; con los profesionales que intervienen en el arbitraje, no solamente los árbitros, los peritos, los testigos; esto genera un sinfín de cosas. Ayer hablaba con la secretaria del centro de arbitraje de Cainco (Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz, Bolivia) y nos decía que se han vuelto un poco psicólogos, porque, realmente, para poder gestionar a tantas personas, definitivamente hay que tener mucha paciencia y tranquilidad, para que nos señalen fechas, nos aprueben resoluciones, etc.

Las coordinaciones con las partes es otro tanto, porque debemos pedirles que paguen, a veces, no pagan, prácticamente el centro se ha vuelto un tema de cobranza para las partes y coordinación con los árbitros para saber si les han pagado, etc.; igual con el tema de los peritos.

Entonces, es difícil, realmente, la gestión de las personas y yo aquí insto a todos los operadores que puedan ayudarnos a que todos los arbitrajes funcionen.

La gestión del proceso es el impulso del arbitraje y aquí viene el punto primordial con el que creo que podríamos decir cuál es el límite de las tareas del secretario con el árbitro. Hay un apoyo a los árbitros en la elaboración de resoluciones sí, pero no somos un cuarto árbitro, no hay un cuarto árbitro, son ustedes los que deben resolver, los árbitros son los llamados a resolver porque fueron por eso convocados.

Claro, los secretarios arbitrales son profesionales y, obviamente, deben tener su propia percepción de la controversia. Es más, si nosotros revisamos y vemos que un árbitro está resolviendo de manera inadecuada, podemos de repente decirle «bueno, señor árbitro, verifique la norma, revise qué podríamos tener, de repente el OSCE ha dicho tal cosa o el Código Civil»; pero, definitivamente, no se resuelve.

Es más, esto también es ya visto como un problema por el autor Fernando Mantilla Serrano, alguien bastante conocido en temas de arbitraje, cuando señala que «[...] el sistema se pervierte cuando se llega a situaciones perniciosas en las que el árbitro se apoya excesivamente en el secretario, delegando en éste no sólo la conducción misma del procedimiento, sino el estudio del fondo del asunto y la redacción del laudo». Entonces, ahí hemos ya transgredido este límite que era la pregunta inicial, recuerdo, que se me hizo en algún momento.

Entonces, solamente para cerrar, los puntos de tensión entre la secretaría arbitral y los árbitros son, por ejemplo, proyectar resoluciones en contra de sus propias convicciones. Si yo, como secretario arbitral, como abogado, sé que están haciendo los árbitros una resolución, están resolviendo de una manera inadecuada, ¿lo tendré que hacer? Bueno, lo dejo solamente como una reflexión.

A veces también es un problema tener mayor conocimiento en gestión de arbitraje o en el fondo de la controversia, incluso, que el propio árbitro; nos ha sucedido también varias veces, o recordar a los árbitros las estipulaciones del reglamento de arbitraje, por ejemplo, en el tema de los costos arbitrales o la política del centro. Esto nos genera, a veces, muchos inconvenientes.

También asumir tareas que no corresponden. Algunos piensan que también somos contadores, que manejamos temas de contabilidad, cómo devolver honorarios, etc. y no es así. Tienen una oficina de contabilidad y de repente podrían darles mayor ayuda esos asistentes.

Y los puntos de tensión entre la secretaría arbitral y las partes se dan en el avance de las actuaciones arbitrales. Pero, acuérdense también de que son los árbitros los que deben avanzar, el secretario arbitral puede sacar una resolución maravillosa y dársela a los árbitros para que la vean, pero si los árbitros están de repente ocupados en otras gestiones y no la revisan, no la aprueban, no se puede notificar. Esto es algo que deben entender.

Y la recepción de quejas contra árbitros por el desarrollo de las actuaciones arbitrales, a veces, como les dije, debemos actuar un poco como psicólogos, tenemos que escucharlos y les decimos «bueno, tienen diversas herramientas para poder, de repente, quejarse formalmente por los árbitros». Y la falta principal que genera mucha tensión es la falta de pago de los gastos arbitrales o los honorarios de los peritos, de los árbitros y hasta del propio centro de arbitraje.

Estos son temas de reflexión que quería comentarles. Yo, definitivamente, considero que un secretario arbitral es necesario para llevar adecuadamente un arbitraje, pero siempre con un límite y el límite tanto para las partes, como para los árbitros.

Gracias.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

Muchas gracias, Silvia. Mientras Silvia hablaba yo iba recordando varios de los traumas que tuve cuando trabajaba como secretario arbitral, pero de la exposición yo me quedo con una pregunta central, ¿realmente debe haber un secretario arbitral?

Aquí quiero hacer una distinción de lo que nosotros llamamos «secretario arbitral» en el arbitraje internacional, que tiene otro nombre y le dicen «secretario administrativo», porque una cosa es el rol que puede tener la institución arbitral para organizar y administrar un arbitraje; y otra cosa totalmente distinta, el soporte en el procedimiento que hacen los secretarios administrativos.

Entonces, me gustaría saber qué piensa Roger, qué piensan Juan Carlos y Rafael respecto a esa pregunta.

Intervención de Roger Rubio Guerrero

*Roger Rubio Guerrero **

Muchas gracias, Álvaro. Bueno, en primer lugar, muchas gracias a la Universidad Católica por la invitación, en la persona, sobre todo, de César Guzmán-Barrón, que nos consta que hace grandes esfuerzos por la colaboración entre las instituciones arbitrales. Gracias, César, por ese esfuerzo, lo apreciamos todos.

Bueno, he escuchado la interesante exposición de Silvia. Solamente quería decir que hay muchos temas por comentar sobre las funciones que tenemos las instituciones arbitrales y los secretarios que trabajan en las instituciones arbitrales; pero me voy a centrar, básicamente, en una de ellas, que me parece que es importante, me parece que es estructural y es el tema de cómo manejamos los procedimientos arbitrales en el Perú. Esto tiene que ver directamente con la función de las instituciones arbitrales y con lo que hacen los secretarios.

Creo que el gran error que hemos cometido en el Perú; hay un poco que ubicarnos en el contexto, el Perú hace veinte años no tenía arbitraje, de hecho, acá hay dos pioneros del arbitraje, incluso, de la Cámara de Comercio de Lima, Rafael estuvo en los albores del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, conjuntamente con César Guzmán-Barrón y ellos pueden dar fe de que hace veinte y tantos años el arbitraje en el Perú no existía, por diversas razones.

Entonces, sufrimos un búmeran, sobre todo a partir de los años noventa, 2000, un búmeran y hoy en día, por ejemplo, la Cámara de Comercio de Lima, le comentaba a mis colegas, está administrando

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, fundador del Círculo Peruano de Arbitraje y editor de la revista *Lima Arbitration*. Es coautor de la Ley de Arbitraje y secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

alrededor de 500 casos en giro, es un número bastante grande para los estándares internacionales, incluso.

Pero, ¿cuál ha sido el gran problema? El gran problema es que hemos estado litigando todos estos años con estándares judiciales, muy locales, a pesar de que tenemos una ley muy moderna, tenemos todos los tratados internacionales importantes en materia arbitral reconocidos, hay instituciones arbitrales, las instituciones arbitrales tienen casos, hay una importante comunidad jurídica y empresarial, que se beneficia y vive del arbitraje. Pero, nuestros estándares de manejo de procesos son estándares judiciales, por eso hablamos de mesa de partes, de cédulas de notificación, hablamos de proveer escritos, hablamos de que los árbitros nos aprueben resoluciones y todo eso no existe en el arbitraje internacional.

Entonces, hemos, de alguna manera, creado una suerte de arbitraje «a la peruana» con prácticas locales. Eso, bueno, es una realidad y creo que es el momento de hacer algo sobre eso, hemos conversado con las instituciones arbitrales locales, por lo menos, para romper eso, lo estamos haciendo. De hecho, la Cámara de Comercio de Lima ya tiene aprobado un nuevo reglamento que entra en vigencia el 1 de enero, pero ya en los últimos años nosotros hemos estado practicando una suerte de reglas procesales que liberan a los tribunales y a los secretarios arbitrales y a las instituciones arbitrales de todo este manejo procesal.

Como dice Silvia, es cierto, hay resistencia, hay gente a la que no le gusta todavía el correo electrónico, todavía están acostumbrados a proveer resoluciones, todavía están acostumbrados a que el secretario es como un secretario judicial que tiene que llevar a cabo diligencias, todavía le encargan al secretario «prepara una resolución resolviendo en tal sentido esta cosa» o «prepara unos autos del laudo». Entonces, todas estas cosas nosotros modestamente en la Cámara de Comercio, hemos tratado en los últimos tiempos de romper y ahora eso va a estar en un reglamento nuevo y sé, por las conversaciones que he tenido con Álvaro y con César, que la Católica y Amcham también están en ese proceso de reforma.

Entonces, por decirlo de alguna manera, la raíz de todos los males es ésa, creer que las prácticas procesales son las mismas que en el arbitraje.

¿Cuáles son medidas muy concretas que nosotros en la Cámara de Comercio de Lima hemos cambiado en nuestro manejo del proceso? Utilizamos para lo máximo que podemos el correo electrónico, las notificaciones son por correo electrónico a los árbitros, los árbitros se comunican con nosotros por correo electrónico, las partes presentan sus escritos por correo electrónico. Alguien podría estar pensando «pero si yo tengo un montón de documentos, ¿cómo hago?», bueno, lo que se hace en el arbitraje internacional, no se necesitan mover de París o de Bogotá para venir a Lima a presentar un escrito o mandarle los documentos necesariamente físicos, lo que hacen es poner todo en una «nube», lo ponen de manera digital y ya es de consulta en tiempo real. Entonces, éste es un proceso que nosotros hemos empezado en la Cámara de Comercio.

Otra cosa que hemos empezado es terminar con el tema de las resoluciones, no hay necesidad de que intervenga el tribunal arbitral, si no hay realmente una decisión importante que tenga que tomar como decisión arbitral, como resolución si se quiere llamar así o como orden procesal. Si es algo muy sencillo como pedir una ampliación de plazo, pueden utilizar el correo electrónico, así funcionan los arbitrajes internacionales.

Afortunadamente, muchos de nuestros tribunales arbitrales están entendiendo que así funciona y están dando el paso de liberarse de los sellos, de las cédulas de notificación y estamos caminando hacia ese esquema. Yo creo que ese esquema, al final de cuentas, no es que beneficie a las instituciones solamente, beneficia a todos, el proceso camina mucho más rápido, mucho más eficiente y mucho más ágil.

Entonces, creo que es el momento de todas las instituciones y todos los usuarios del arbitraje en el Perú, de reflexionar y darle una oportunidad a esta forma de manejar los procedimientos.

Gracias, Álvaro.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

Gracias, Roger. De hecho, en Amcham también estamos aplicando ese mismo sistema, incluso, en los arbitrajes en giro, a través de las actas de emisión y, en verdad, en la tramitación de los escritos se puede ahorrar una cantidad enorme de tiempo.

Imagínense con este nuevo sistema, todos los actores del arbitraje reciben un escrito de manera simultánea, no se tiene que proveer el escrito, los plazos corren automáticamente. Con el sistema «peruanizado», miren todo lo que pasa, el escrito entra por mesa de partes, se distribuye al tribunal, ahí tenemos, en el mejor de los casos, un día; luego, el tribunal revisa el escrito y le da instrucciones al secretario para proveer la resolución, el secretario provee la resolución, dos días más; la resolución tiene que ser aprobada por el tribunal, el secretario tiene que perseguir a los tres árbitros para que digan que están de acuerdo, dos días más; de ahí se notifica, un par de días más. ¿Cuánto hemos perdido?, ¿una semana?, ¿o más?, siete días hábiles en un escrito. Multipliquen eso por diez escritos y les aseguro que la mayoría de arbitrajes no tienen diez escritos, miren cuánto tiempo se ahorra si es que utilizamos los estándares internacionales para la tramitación del arbitraje.

No sé si Rafael o tú, Juan Carlos, quieren hacer algún otro comentario.

Intervención de Rafael Bernal Gutiérrez

*Rafael Bernal Gutiérrez**

Bueno, dos cosas primero. Gracias a César, no tantas gracias por delatar mi edad aquí frente al auditorio, pero muchas gracias, nosotros

* Abogado por la Universidad del Rosario, docente de la Especialización y Maestría en Derecho Civil y Comercial de las universidades Javeriana, de los Andes, del

tenemos una muy larga y fructífera amistad, discutimos en este claustro muchas cosas sobre temas de arbitraje en el pasado.

Yo creo que, como decía Silvia, mucho de nuestro desastre arranca de que en nuestros países y Colombia creo que es campeona, es la intervención de todo ese procesalismo y todo ese rigor que hace ver la creación del secretario, como un secretario de juzgados. Eso nos lo hemos ido quitando, pero la verdad, es un tema complejo.

Aquí tienen una ventaja, tienen una sola ley y, entonces, pueden moverse de una manera más sencilla. En el caso colombiano, la ley es muy nueva, pero allá es imposible lograr modificar la conducta de los procesalistas, entonces, tenemos un arbitraje nacional, que es como una escafandra y un arbitraje internacional tan avanzado como el país más avanzado del mundo. Entonces, eso marca unos contrastes bastante fuertes.

Además, no todos tienen secretarios, porque a diferencia del Perú que tiene un arbitraje *ad-hoc* fuerte, grande, en Colombia el arbitraje *ad-hoc* es muy poco; si existe, no lo sabemos, porque no consta en ningún lado y ése no tiene secretario. En la reforma legal, alguien que llevaba muchos años molestando con que no le gustaban los secretarios, lo logró a medias, porque en los *ad-hoc* los hizo eliminar.

Pero, yo sí creo que en mi experiencia puedo decir que el secretario es un personaje central, manteniéndose dentro de unas pautas, dentro de unos límites, pero resulta necesariamente fundamental. De hecho, en nuestro caso concreto, hay varias cosas que alivian un poco los problemas que aquí se plantean.

Sí hemos avanzado mucho en la utilización de medios electrónicos, entonces, las notificaciones se manejan todas por correo electrónico certificado, eso nos quita muchos problemas. En el caso de Bogotá hace

Rosario y Externado de Colombia. Exdirector del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

años pusimos una secretaría virtual, ya desesperaba que me siguieran fijando edictos y estados y cosas de ésas del proceso que son más anticuadas, es imposible, entonces, tenemos una secretaría virtual, en la red tienen que buscar qué es lo que está pasando.

Eso nos ha ido un poco liberalizando de tanto rigor con medidas de ese orden. Creo que en esa línea seguiremos avanzando y trabajando y los reglamentos han ido avanzando también, hasta donde la ley deja, porque la ley en este caso del arbitraje nacional, sí tiene unos marcos de referencia sobre la existencia del secretario, no tanto de sus funciones concretas, la ley avanzó más en temas de transparencia, evitar conflictos de interés, cosas que ocurrían a veces con los secretarios; pero, dentro de ese contexto, yo creo que ahora estamos viendo el contraste, porque ahora ya hay casos de arbitraje internacional colombiano y, entonces, la secretaría es un concepto totalmente diferente, porque el arbitraje es diferente, se están adaptando los árbitros y la secretaría la lleva el centro en los casos internacionales.

Entonces, ahí hay un contraste importante que ayuda a ir consolidando una nueva visión del secretario que yo creo que también tiene que avanzar, tiene que encontrar un sentido un poco diferente.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

Gracias, Rafael. Ahora Juan Carlos nos va a compartir un poco la experiencia ecuatoriana en torno al rol de la secretaría.

Intervención de Juan Carlos Mejía Madiavilla

*Juan Carlos Mejía Madiavilla**

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

Bueno, muchas gracias César por la invitación y a la Universidad Católica del Perú.

Quería comentarles, después de escuchar a los anteriores expositores, que el arbitraje en Ecuador tiene algunas peculiaridades que lo diferencian del arbitraje en Perú y en Colombia.

En primer lugar, en el Ecuador el arbitraje no es obligatorio, ni con las instituciones del Estado, ni entre privados, es absolutamente voluntario; esto marca una diferencia, en el sentido de que siendo el Estado ecuatoriano el principal actor económico y habiendo tomado un devenir ideológico distinto al que tiene Perú, al que tiene Colombia, en Ecuador el arbitraje es abiertamente rechazado.

Entonces, si ustedes quieren firmar un convenio de arbitraje en un contrato con el Estado ecuatoriano, el Estado ecuatoriano simplemente le dice «no gracias, señor, no queremos un convenio arbitral para la resolución de controversias». ¿Qué significa esto? Que en su gran mayoría, el arbitraje en el Ecuador es absolutamente privado, son poquísimos los casos de arbitraje en los cuales el Estado participa como parte, y cuando participa como parte, usualmente, el Estado trata de boicotear, en los poquísimos casos en que esto ocurre.

Adicionalmente, hay una peculiaridad normativa del arbitraje en el Ecuador, el arbitraje en el Ecuador tiene una sola ley que regula el arbitraje nacional y el arbitraje internacional. El arbitraje internacional en Ecuador está regulado por un solo artículo en esta ley y el resto es de arbitraje nacional.

En el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, que es el más grande centro del país, se tramitan actualmente 175 casos de arbitraje nacional y 750 casos de mediación comercial. Todos estos casos son, insisto, entre privados, no hay participación del Estado ecuatoriano.

La peculiaridad normativa del arbitraje en Ecuador es la siguiente. En Ecuador el arbitraje tiene dos partes, una parte pre arbitral y una parte arbitral, propiamente dicha.

En la parte prearbitral, las partes presentan la demanda ante un director, el cual tiene como facultad principal calificar el cumplimiento de requisitos formales de la demanda, citar con la demanda al demandado, calificar la contestación de la demanda, convocar a un período de mediación obligatorio y ayudar a que las partes designen a los árbitros. En toda esta etapa el secretario es un secretario interno, es decir, un secretario que es un empleado del centro de arbitraje y mediación y que tiene unas funciones muy determinadas, tanto en la ley como en el reglamento.

En la segunda parte, es decir, en la etapa arbitral, que comienza desde el momento en que los árbitros se declaran competentes hasta que emiten el laudo, se designa a un secretario arbitral, que es un secretario usualmente externo.

Entonces, quería resumir estas peculiaridades. Primero, en Ecuador el arbitraje es, principalmente, entre privados, no hay una norma que obligue al Estado ecuatoriano a participar en arbitrajes y, de hecho, el Estado rechaza el arbitraje. Segundo, el arbitraje nacional tiene dos etapas, la etapa pre arbitral y la etapa arbitral. Tercero, el arbitraje a pesar de este rechazo por parte del Estado ecuatoriano, ha sufrido una gran explosión, ¿por qué?, porque la gente rechaza la administración de justicia. El Estado ecuatoriano, por diferentes razones que no tienen motivo para ser comentadas en este momento, ha decidido intervenir la justicia ordinaria y el privado lo que ha hecho es rechazar la justicia ordinaria y ha venido a los centros de arbitraje y mediación.

¿Cuál ha sido la respuesta de los centros de arbitraje y mediación frente a esta realidad?, la respuesta ha sido básicamente una respuesta normativa y una respuesta tecnológica. La respuesta tecnológica es que en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, por

ejemplo, absolutamente todos los procesos de arbitraje y mediación se llevan en una página web, entonces, desde cualquier lugar del mundo, usted puede acceder a la página web del centro y revisar en qué estado se encuentra su proceso arbitral.

Esta herramienta de acceso a través de Internet a los procesos arbitrales, tiene una ventaja y es que permite que el centro pueda conocer tanto el desempeño de los árbitros como de los secretarios en cada uno de los procesos arbitrales, porque qué es lo que ocurría, no sé si pasaba en Colombia o pasa en Perú que, usualmente, cuando son tribunales arbitrales de tres personas, el que trabaja —normalmente— es el presidente y los otros miembros del tribunal arbitral poco o nada revisan el proceso. A través de este mecanismo, nosotros tenemos constancia de qué árbitros revisan el proceso, por cuánto tiempo y cuáles son las discusiones en las que estos señores han participado.

¿Para qué nos sirve eso? Para, tal vez, lograr lo más importante que tiene el centro en Ecuador, que es que nosotros tenemos un Certificado de Gestión ISO 9001. ¿Qué es un Certificado de Gestión ISO 90001? Es un certificado en el cual nosotros le decimos a una compañía suiza cuáles van a ser los procedimientos que vamos a seguir y esta compañía suiza nos visita dos veces al año y revisa si se han cumplido o no se han cumplido esos procedimientos.

¿Qué garantiza esto? Certeza, porque de esa manera las partes que acuden al arbitraje saben exactamente en qué estado del proceso se encuentran.

Otra parte tecnológica que ha funcionado muchísimo es el tema de las transcripciones. No sé cómo habrá sido el tema en Bogotá o en Lima, pero en Quito lo que ocurría era que las declaraciones de las partes se grababan y muchos de los árbitros pedían que estos audios sean transcritos, esto demoraba el proceso tres o cuatro semanas, solamente en que estén listas las transcripciones, porque imagínense una trans-

cripción de cuatro horas, tenías que tener a unas personas que estén mecanografiando día y noche durante cuatro semanas.

¿Qué es lo que tenemos ahora? Tenemos un sistema automatizado que permite que mientras la persona va hablando, mientras el declarante va hablando o el abogado va haciendo las preguntas, en la pantalla de las computadoras o las *tablets* de los abogados, va saliendo automáticamente la transcripción, de modo que cuando quiera hacer una repregunta, el abogado simplemente señala el momento y, una vez que ha concluido la declaración, le vuelve a preguntar.

Eso es en la parte tecnológica, es decir, una fuerte utilización de mecanismos como Internet, tecnológicos en general, una gestión de procesos calificada por una empresa suiza y, finalmente, un sistema de transcripciones que agiliza muchísimo el trámite de los procesos.

Por último, en la parte financiera, también tenemos un mecanismo que nos permite una mejor interrelación con las partes ¿Cómo era antes?, la parte cuando tenía que pagar un derecho arbitral, depositaba en la cámara de comercio, esta cámara ponía el dinero en una cuenta y después de un año y medio o dos años —en el Ecuador duran hasta 300 días hábiles los arbitrajes— la cámara de comercio entregaba el dinero.

Esto no daba ciertamente mucha transparencia a la utilización de estos fondos, por lo que se decidió constituir un fideicomiso que estaba administrado por un tercero, y en ciertos momentos, dependiendo de la orden que da el centro, previo informe del secretario arbitral, se van haciendo estos pagos.

Muy bien, ¿cuál ha sido la experiencia ecuatoriana en materia de la relación con los secretarios? En la etapa pre arbitral, como les había dicho, es muy sencillo, se trata de verificar el cumplimiento de requisitos formales, es decir, se ordena el proceso, el proceso físicamente tiene que

estar ordenado, porque en el caso ecuatoriano no es posible llevar los procesos íntegramente en la web, de modo que este procedimiento que nosotros tenemos en la web es solamente un facsímil del proceso físico. Esperamos que en algún momento haya una reforma legal que permita que el proceso ya sea exactamente el que está en la red.

Entonces, se ordena el proceso, se califica la demanda, se cita con la demanda, se procede a la mediación y la designación y en toda ésta participa un secretario arbitral que cumple estrictamente los parámetros de ordenamiento de proceso.

Luego, en la etapa arbitral —creo que aquí Silvia ha sido ya muy clara, es, básicamente, lo mismo en el Ecuador—, el secretario lo que tiene que hacer es recibir los escritos, tramitar, ordenar el proceso, no hay mucho más que decir.

Lo que sí es muy interesante es que en Ecuador, igual que en Colombia y Perú, el secretario arbitral, usualmente, colabora en la redacción del laudo, sin que esto lo convierta en un cuarto árbitro, como había señalado Silvia.

Para llegar a esto, nosotros hemos pasado por tres sistemas. En un primer momento, tuvimos secretarios externos, es decir, eran abogados de estudios jurídicos que se calificaban en el centro y prestaban sus servicios como secretarios en los procesos arbitrales. Este sistema tenía algunas falencias, porque no siempre el centro tiene ni la potestad, ni la capacidad, ni el tiempo para controlar a todos los secretarios arbitrales, por lo cual se pasó a un sistema de secretarios internos, es decir, en la etapa arbitral también los secretarios eran empleados de la cámara.

Tampoco nos funcionó esto y ahora tenemos un sistema mixto, en el cual los secretarios, simplemente, son una parte, son secretarios internos; y otra, son secretarios externos.

Hemos aquí incorporado un tema que se llama «nulidades secretariales», esto no existe por supuesto ni en la doctrina ni en la ley, pero es solamente para graficar a lo que me quiero referir.

¿Ha ocurrido que haya nulidades ocasionadas por la mala actuación de los secretarios arbitrales? Sí, sí ocurre y muchas veces eso se debe a la falta de prolijidad en el manejo del procedimiento arbitral. Ahora mismo, tenemos un caso en el centro en el cual una parte está pidiendo la exclusión de un secretario arbitral de la lista de secretarios del centro, debido a que en uno de los procesos este secretario arbitral recibió un CD con información que también estaba impresa, pero al momento de dictar el laudo, cuando la parte va a revisar el expediente, no aparecía el CD; sin embargo, la información sí estaba impresa en el expediente.

¿Qué es lo que ocurrió? Se inició un proceso de una acción extraordinaria de protección, que es una acción constitucional para dejar sin efecto el laudo y la Corte Constitucional señaló que por ese error, o ese vicio de procedimiento, no cabía una acción extraordinaria constitucional, sino que había que, previamente, haber resuelto en la nulidad.

Ése es un ejemplo de lo que puede ocurrir con una mala gestión del secretario arbitral, otro es la desaparición de documentos o desaparición, en general, de información. Por supuesto, no estamos hablando de la desaparición dolosa de los documentos, sino de la culposa. En esos casos, el secretario arbitral, evidentemente, puede ser excluido de la lista, pero lo importante es que si se establecen medidas correctas de gestión de procesos, es difícil que esto ocurra.

Señores, muchas gracias.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

Muchas gracias, Juan Carlos. No sé si Silvia, Rafael o Roger quieren hacer algún comentario.

Intervención de Silvia Rodríguez Vásquez

Gracias. Bueno, gracias Juan Carlos por habernos instruido en cómo es el arbitraje por allá, por Quito.

Solamente para comentar que sí me sorprende un poco el hecho de que los secretarios arbitrales allá apoyen en la redacción del laudo; es algo que nosotros, creo, como práctica institucional en arbitrajes institucionales, se está evitando. Lamentablemente, hay práctica arbitral donde se le entrega al secretario para que elabore el proyecto de laudo y, obviamente luego, me imagino, los árbitros lo revisan; sin embargo, básicamente, creo que las instituciones arbitrales que estamos acá evitamos esta situación, y creo que a lo máximo que uno puede llegar, es a hacer un resumen de estas actuaciones, de lo que ocurrió en el transcurso del proceso. Entonces, sí me ha sorprendido un poco que ustedes lo vean normal y espero que no sea contagioso, realmente.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

Definitivamente, el trabajo del árbitro es hacer el laudo. Roger, querías decir algo.

Intervención de Roger Rubio Guerrero

Sí, sobre ese punto, es muy interesante y comparto lo que acaba de decir Silvia. Yo sé que acá hay muchos usuarios del arbitraje, tanto

abogados de las partes como árbitros, ¿cuál es la posición de nosotros al respecto? Bueno, cada jurisdicción, obviamente, tiene sus propias prácticas, pero al árbitro se le paga unos honorarios por conducir el proceso y por resolver la controversia, ¿qué nos ha pasado? Explico un poquito la práctica de nosotros.

Como Silvia mencionaba en una de sus láminas, que una de las funciones que cumplen los secretarios es preparar las resoluciones al tribunal arbitral. Sí es una práctica, una costumbre local, pero ¿qué ocurre? Tenemos árbitros, todavía los tenemos, que nos dicen «secretario fulanito de tal, resuelva usted la medida cautelar», entonces nosotros decimos «si usted quiere que nosotros preparemos un proyecto de medida cautelar, tendría que decirnos el sentido». Muy bien, empezamos por ahí, «ok, declare usted fundada la medida cautelar», «muy bien, si usted quiere que prepare el proyecto declarando fundada la medida cautelar, por favor, dígame cuáles son los argumentos por los cuales [...]», «no, lea los escritos de las partes y saque usted los argumentos».

Nosotros —y ése es justamente el enfoque judicial del secretario—, no nos negamos a hacer esa función cuando la piden los árbitros, cada vez son menos afortunadamente; muchos árbitros con experiencia entienden cuál es su función y la del secretario; pero les pedimos instrucciones muy precisas, porque eso también cubre a la institución, el secretario, en primer lugar, acá es interno y cuando prepara una resolución de una medida cautelar, una excepción, en realidad está cumpliendo un encargo del tribunal arbitral, no es que le digan «no, tú tienes más experiencia en arbitraje que nosotros, así que tú resuélvelo», no funciona así. Entonces, nosotros no aceptamos ningún tribunal que no da instrucciones precisas sobre cómo debe resolverse un asunto.

Número dos, el tema de los laudos. Definitivamente, nosotros no ponemos ni una coma en un documento de laudo, ni siquiera en los antecedentes. Sí, por supuesto, ponemos a disposición de todos los tribunales arbitrales, cualquier información que necesiten del caso, necesitan

fechas, fechas de notificación, fechas de cuando se presentaron escritos, cualquier actuación, estamos a disposición para colaborar con el laudo.

¿Por qué no intervenimos ni siquiera en preparar lo que se conoce como los antecedentes? Porque al momento de uno seleccionar los argumentos de la demanda o de la contestación, quien los prepara, de alguna manera —todos somos abogados— está dándole importancia, porque pueden ser más importantes unos argumentos que otros y quien tiene que tomar esa decisión es, en realidad, el tribunal arbitral.

Entonces, a veces no están los argumentos que a una de las partes le parecían importantes y el que redacta los antecedentes no es el mismo que va a redactar la parte de vistos y que va a resolver. Una institución arbitral o un secretario no tienen por qué entrar en ese tema, porque la responsabilidad es del tribunal arbitral, cómo se distribuye eso internamente es un problema del tribunal arbitral.

Aquí hago un pie de página y les voy a comentar un caso internacional muy reciente del que todos ustedes deben haber escuchado, el caso Yukos de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, acaba de salir la sentencia en abril del 2016. En este caso, al final se terminó anulando parcialmente el laudo y una de las causales de anulación era que había un cuarto árbitro, que era el secretario arbitral y saben cómo Rusia intentó demostrar ante las cortes holandesas que, efectivamente, quien había redactado el laudo era el secretario y no el tribunal arbitral, primero, pidió las horas de facturación del secretario y resultó que el secretario había invertido más horas en estudiar el caso y en investigar el caso que los propios árbitros, claro que su tarifa era diferente, pero había invertido más horas que los árbitros.

Segundo, presentaron un informe lingüístico forense sobre el tipo de redacción que tenían los árbitros en diferentes decisiones durante el proceso y el tipo de redacción que tenía este abogado en otras publicaciones. O sea, fíjense hasta qué punto puede llegar.

Entonces, para nosotros, conclusión, los secretarios y las instituciones arbitrales no deben intervenir para nada en la redacción del laudo, ésa es una responsabilidad de los árbitros. Si los árbitros —y esto es algo que también se discute mucho a nivel internacional— quieren delegar algunas funciones especiales, más allá de las administrativas, a los secretarios, normalmente en secretarías *ad-hoc* y esto lo dicen las buenas prácticas en secretaría arbitral, tienen que consultar a las partes y las partes tiene que estar de acuerdo en que ese secretario va a cumplir funciones de otro tipo, que no son las puramente administrativas. De lo contrario, estaríamos metiéndonos, probablemente, en un problema.

Gracias.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

Gracias, Roger. Rafael, no sé si puedes compartir con nosotros la experiencia que han tenido en la Cámara de Bogotá.

Intervención de Rafael Bernal Gutiérrez

Bueno, no es muy diferente a lo que aquí se ha mencionado, nuestra estructura es bastante similar a lo que ocurre en Ecuador, de alguna manera, porque en su momento trabajamos conjuntamente con Ecuador en estructurar cómo es el sistema.

Entonces, tenemos la misma etapa preliminar en donde el secretario *ad-hoc* es un funcionario del centro, que le entrega muy rápidamente la posta al secretario definitivo, pero ese secretario definitivo tiene hoy una connotación y es que el arbitraje en Colombia sustancialmente es institucional, como les dije, y esos secretarios tienen que ser tomados de unas listas de secretarios que tienen los centros y para ingresar a las listas de secretarios, hay que cumplir todo un proceso que es bastante exigente, a su manera.

Entonces, tenemos eso y tenemos una línea de trabajo muy grande, en Bogotá sustancialmente, no en los demás, que es un trabajo de hace unos cinco años que arrancó para construir futuro en el arbitraje. Entonces, tenemos un arbitraje gratuito para micro y pequeñas empresas, en donde para reducir costos, la secretaría la asume el centro a su costo, es decir, no la cobra ni cobra la parte de administración, simplemente, se hace un pago muy bajo a los árbitros y muchas veces es pro bono. Eso ha ido creciendo de una manera muy importante, entonces, ahí el secretario sí es un funcionario todo el tiempo.

Ahora, ¿cómo es el contexto del secretario?, ¿de dónde aparece ese personaje? Ya les dije, aparece de un curso que sólo dictamos nosotros y no recibimos sino a los que aprueban ese curso, que tiene un nivel de calificación bastante exigente. Pero, eso dio pie a que desde el año 2002, quizás 2000, creamos una carrera arbitral y ¿por dónde entra uno a la carrera arbitral? Por ser secretario, pero uno no va a brincar a manejar los casos grandes, tiene que pasar a ser árbitro de menor cuantía durante un tiempo, a veces seis años o más, para poder aspirar a manejar los casos grandes.

Entonces, tenemos una carrera arbitral donde la secretaría es una puerta de entrada y, obviamente, con toda la experiencia que ha ido adquiriendo desde la secretaría, pues diseñamos una carrera que ha permitido que hoy tengamos muchos de los árbitros que comenzamos a construir y a trabajar desde un tiempo atrás, incluso ya en la lista de los casos grandes. Hoy eso, como les digo, es una norma legal.

Es clarísimo que un secretario en Colombia desde la teoría pura, no debería hacer el laudo arbitral, ¿por qué desde la teoría pura? Porque con todo respeto, cariño y admiración por los árbitros, pues hay árbitros y árbitros. Hay árbitros que trabajan y árbitros que no hacen nada y, dentro de ese contexto, a veces le extienden la labor al secretario, pero es obvio que en Colombia el secretario no es el que tiene que escribir el laudo, ése no es su problema, ni tiene que ponerse a hacer todas esas peripecias, ése es un deber y una responsabilidad del árbitro.

Sí puede ayudar en hacer lo que ustedes llaman los antecedentes, porque allá por una jurisprudencia muy antigua, el laudo es igual a una sentencia, entonces, hay que construirla con la estructura de una sentencia y en toda esa parte, brinda un buen nivel de colaboración en muchos casos y a veces se les va la mano pidiéndoles colaboración, pero eso está fuera del contexto de lo que le corresponde hacer a un secretario dentro de nuestro sistema, dentro de nuestra estructura.

Hoy tiene una función bastante rara que le dio la ley, y es que entre nosotros el tema del cálculo de los tiempos de duración del trámite arbitral, 2+2 es atropellado por un abogado y, entonces, hubo casos de anulación porque el laudo lo dictaron cinco días después porque calcularon mal las suspensiones y las interrupciones, por eso hoy tiene un deber específico, es el que tiene que llevar el control de tiempos.

Pero, como les digo, hoy la secretaría se maneja de manera bastante virtual, porque hay una secretaría virtual y porque tienen muchas herramientas virtuales que nosotros les damos, hay una licencia de una filial de la Cámara que maneja tecnología y, entonces, tiene la posibilidad de manejar esos correos electrónicos certificados y manejar todos esos elementos dentro de su labor secretarial.

Entonces, digamos que ha ido virando hacia esos trabajos y, dentro de esa carrera arbitral, sobre la cual yo quiero llamar la atención porque es un poco *sui generis* frente a lo que yo veo en el continente, en muchos de esos casos también que trabajamos gratuitos comienzan a ser parte de su carrera, haciendo pininos como árbitros, antes de poder entrar a las listas.

Entonces, nos demoramos unos buenos años construyendo árbitros, desde la perspectiva del manejo arbitral, y eso yo creo que nos ha dado un buen resultado.

Quisiera quizás rescatar esas particularidades dentro de lo que es el sistema colombiano.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

Muchas gracias, Rafael. Ahora que estamos hablando de esa relación entre la secretaría y los árbitros, ¿ustedes en sus instituciones tienen un procedimiento de revisión de laudos? Es una pregunta abierta al panel.

Intervención de Rafael Bernal Gutiérrez

No, eso no existe en nuestro sistema y por ahora que mi Dios nos libre. Eso es un sistema que lo mirarán mañana en detalle con gente bien autorizada y es muy propio de la estructura de CCI y lo han construido hace muchos años, han logrado implementar un esquema que para quien haya tenido la grata experiencia de ser árbitro en CCI, esa secretaría ya es, por un lado un soporte valiosísimo y, por el otro lado, son unos fiscalizadores permanentes de qué está haciendo el tribunal, de los tiempos, de las labores, de los cronogramas, de todo eso; pero cualquier duda o necesidad que uno tenga, son un soporte absolutamente increíble.

Pero, llegar a construir una cosa que filosóficamente tiene tanto sentido, comenzar a trabajarla en nuestros centros, por lo menos, en los que yo conozco y he trabajado en América Latina, entre otros, yo creo que tiene un grado de complejidad que yo no lo veo, por lo menos en mi país, yo no lo veo y me parece que sería bien complejo administrarlo.

Intervención de Juan Carlos Mejía Mediavilla

En Ecuador tampoco existe un sistema de revisión, pero me parece muy importante lo que señala Rafael. La relación entre los árbitros y el secretario arbitral. Es bien difícil controlar la tarea de unos árbitros que no trabajan en un solo sitio y que muchísimas veces la única relación que tienen con los centros es una relación circunstancial de ir a las audiencias, de realizar interrogatorios, etc.; de ahí que la tarea del secreta-

rio arbitral en el apoyo administrativo de la redacción del laudo, de las decisiones, es supremamente importante y, tal vez, el único mecanismo para controlar que, efectivamente, el árbitro revise el proceso arbitral y su laudo no sea un laudo inspirado en la noche anterior, sea un proceso de revisión constante a través de estos mecanismos de gestión de procesos.

Intervención de Roger Rubio Guerrero

Ahora, yo tengo una posición diferente. Efectivamente, como dice Rafael, la CCI ha desarrollado esto durante mucho tiempo y lo tiene muy afinado; es más, la última reforma incluso permite la revisión de laudos —siempre es una revisión a sugerencia, nunca es una revisión, por supuesto, vinculante para el tribunal— en temas de fondo. Ése es el gran cambio con respecto al reglamento anterior.

Yo creo que en el Perú deberíamos empezar a trabajar a futuro en una revisión de laudos, ¿por qué? Obviamente, como ha ido la evolución en el caso de CCI, primero una revisión formal y quizás, si las cosas funcionan bien, a futuro una revisión de fondo.

¿Por qué formal? Yo creo que ya es importante en el Perú hacer una revisión formal. Nosotros, de alguna manera, lo estamos haciendo, porque de eso depende muchas veces la validez del laudo. Cuando uno va a los tribunales o a las cortes, hay árbitros que tienen mucha experiencia y no van a tener ningún problema en hacer buenos laudos que se van a defender solos, pero no es el estándar general, los que estamos en las instituciones arbitrales sabemos eso.

Entonces, lo que hemos hecho nosotros es una guía del laudo, de unos veinte o treinta puntos, que nosotros revisamos cuando recibimos un laudo y también lo hace *American Arbitration Association*. He conversado con la gente de *American Arbitration Association*, a pesar de que sus reglamentos no contemplan una revisión de laudo, lo hacen de

manera informal, porque quieren proteger el laudo de cualquier posible nulidad y eso puede suceder por inexperiencia de los árbitros, porque los árbitros no tienen la información que las instituciones arbitrales manejan sobre los estándares de anulación de las cortes.

Un ejemplo típico: intereses. Entonces, revisamos, a veces algunos tribunales se olvidan de pronunciarse sobre los intereses o algunos dicen «más los intereses correspondientes», pero no dicen la tasa y no dicen desde cuándo se van a calcular. Ese tipo de cosas muy formales, es un ejemplo concreto o se olvidan a veces de la fecha, se olvidan del lugar, cosas muy formales que hay que ir, de alguna manera, educando. Ésa es una revisión que creo que le compete a las instituciones arbitrales.

Por supuesto, las revisiones de fondo, que a veces también nos damos cuenta, eso salta a la vista, es mucho más delicado. Es más difícil decirle a un tribunal arbitral: «oye mira, entre lo que demandan y lo que ustedes están analizando y resolviendo, aparentemente, no hay una congruencia», es más delicado decirle eso a un tribunal arbitral. Pero, creo que una institución arbitral que respalda un laudo puede hacerlo, tiene que hacerlo, porque tiene que pensar que es un servicio que le damos a las partes y eso va a estar en escrutinio judicial. No es por favorecer o desfavorecer a una parte, lo que tiene que buscar una institución arbitral es proteger el laudo, pero es un camino que todavía tenemos que recorrer, sin duda.

Por lo pronto, nosotros estamos haciendo y algunos que tienen experiencia con casos en la Cámara de Comercio de Lima, verán que a los tribunales arbitrales antes de laudar, les enviamos un documento llamado «Guía para la redacción del laudo», que lo tienen, además, todas las instituciones internacionales; nosotros hemos adaptado eso a nuestro medio local y les ponemos treinta puntos. Cuando viene el laudo revisamos, ésa es la función de la secretaría de la institución arbitral realmente, revisamos y si algo falta, advertimos al tribunal arbitral por correo electrónico o por llamada telefónica.

Si el tribunal arbitral no lo quiere arreglar, ya es problema del tribunal, pero nuestra función como institución es anticiparle: «doctor, este punto usted no lo ha abordado, aquí está una sentencia que acaban de notificarnos de un caso que han anulado por esta razón, usted tome la decisión». Algunos tribunales agradecen y dicen «oye, bien, no tenía esta sentencia, voy a ver cómo es esto». Ésa es la función de la institución arbitral, porque la institución arbitral maneja información que muchos tribunales no manejan.

Entonces, yo creo que el camino de la revisión de los laudos al final es algo que las instituciones arbitrales locales tenemos que plantearnos como un reto, pero, por lo pronto, las guías nos pueden ayudar mucho.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

Rafael quiere hacer una réplica.

Intervención de Rafael Bernal Gutiérrez

No, no quiero replicarle a Roger, no, ni más faltaba. Es que el sistema colombiano es bastante particular, entonces, aunque suene interesante lo que plantea Roger, en Colombia hay una sentencia de la Corte Constitucional fijando cuál es el papel de los centros y el papel de los centros en Colombia, como yo lo digo coloquialmente, es servir tintos, prestar salas y darles parqueadero, porque está prohibido a los centros que intervengan de cualquier manera en todo lo que es el rodaje del trámite arbitral.

Entonces, no tienen la más mínima posibilidad ni de revisar, ni de hacer sugerencias, ni nada que se le parezca y es porque no lo pueden hacer y de hecho eso está vertido en la nueva ley con mucho más rigor, no podrían interferir de ninguna manera, ni participar en eso. Eso lo administra el tribunal exclusivamente y el centro puede mirar que, gra-

cias a Dios, anulan muy poquitos laudos, prácticamente ninguno, es ínfimo el número que se anula, pero no lo podría evitar porque simplemente no lo puede hacer.

Probablemente, el tema de la guía que menciona Roger es una muy buena idea como material para tribunales. A nosotros nos toca trabajar desde otra perspectiva. Tenemos unas reglas de seguimiento con los mediadores y los conciliadores que son draconianas y eso nos permite lograr unos estándares muy altos, pero nos toca trabajar por otro lado, porque desafortunadamente por ese lado, no podemos hacer absolutamente nada.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

Silvia.

Intervención de Silvia Rodríguez Vásquez

Algo pequeñito nada más. La revisión de laudos creo que se podría dar en el Perú, una vez que el arbitraje institucional se fortalezca, o sea, un arbitraje institucional que, lamentablemente, es muy débil con arbitraje *ad-hoc* de más del 60%, definitivamente, ¿de qué estamos hablado para revisar laudos? Sin embargo, sí coincido en que, de vez en cuando, si es posible darle una revisada al laudo, hay que dársela, como dice Roger, revisar algunos puntos en el laudo para ver si está todo completo.

Más de una vez hemos tenido que llamar al árbitro para decirle «no sé de dónde usted ha sacado que puede cobrar costos arbitrales por este monto, porque durante el transcurso del arbitraje no se señaló esto»; entonces, «ay, me he equivocado», era un *copy paste* de otro laudo. Entonces, ese tipo de cosas sí, pero más allá, en temas de fondo, no se puede.

Como les digo, yo también considero, nosotros no tenemos ese límite del que habla Rafael, pero, definitivamente, en algún momento deberíamos llegar a hacer algo así como en la CCI. Creo que si el servicio no está maduro, no podemos decir que tenemos la fuerza como para poder decirles: «señores árbitros, por favor, corrijan esto»; creo que tal vez no lo tomarían a bien.

Tal vez más adelante, en algún tiempo, con la importancia en arbitraje institucional, pues, efectivamente, los árbitros puedan escuchar a los secretarios arbitrales y también los secretarios arbitrales tienen que instruirse lo suficiente como para poder hablar con los árbitros de tú a tú.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

Roger nos va a hablar un poco de por qué no está regulado en la Ley de Arbitraje el secretario arbitral y cuál es el régimen de responsabilidad civil que contempla la ley para los secretarios *ad-hoc* y los árbitros.

Intervención de Roger Rubio Guerrero

Bueno muy breve, porque ya he hablado bastante y sé que estamos volando con el tiempo.

Sólo una nota sobre por qué no se reguló a los secretarios. Había una referencia muy escueta en la ley anterior y *ex profeso* se decidió en el Grupo de Trabajo de la Ley de Arbitraje eliminar esa referencia, porque no queríamos fomentar o incentivar los arbitrajes *ad-hoc* y si hay institución arbitral de por medio, no hay necesidad de mencionar a los secretarios, cada institución se organiza de manera autónoma; hemos visto acá que hay otras instituciones que tienen diferentes formas de manejar el tema de secretarios, entonces, es un tema que queda a la autonomía de la voluntad, a la regulación de las propias instituciones.

Ahora, nada de lo que he dicho anteriormente significa que el rol del secretario no sea importante, sí es importante, pero es secundario y el hecho de que no haya una regulación en la ley no quiere decir que no haya guías o no haya buenas prácticas de las que nosotros podamos aprender. De hecho, la CCI, de repente no todos ustedes lo saben, tiene una guía específica para intervención de secretarios en sus casos, que es muy buena y que puede servir no sólo a las instituciones arbitrales, sino a los arbitrajes *ad-hoc*. La Barra de Nueva York también preparó un documento hace muchos años sobre intervención de secretarios en los procesos arbitrales y, recientemente, hace un par de años, un comité dentro del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (ICCA) del grupo de árbitros jóvenes, preparó un documento de buenas prácticas sobre secretaría arbitral.

Entonces, estos documentos a veces no están muy accesibles porque están en otro idioma, están en inglés, pero creo que ya hay algunas traducciones, sobre todo de este último documento. Lo que hay que hacer es buscar esas normas, es *soft law* que funciona bien y hay buenas prácticas ahí de las que podemos aprender las instituciones arbitrales y los tribunales arbitrales para poder utilizar en el correcto sentido a los secretarios arbitrales.

El segundo punto es sobre la responsabilidad de los secretarios. La responsabilidad de los secretarios es la responsabilidad de las instituciones, en realidad. En el Perú no hay responsabilidad vicaria de instituciones a árbitros, o sea, la ley peruana ha dicho, a diferencia de la ley española, que tanto los árbitros como las instituciones arbitrales, responden cada uno por las obligaciones que le competen en sus funciones.

Entonces, no hay una responsabilidad vicaria de los árbitros dentro de una lista o dentro de un arbitraje administrado respecto a la institución arbitral. Cada uno responde por la ejecución de sus actos.

En el caso de los secretarios, responden, evidentemente, sí hay una responsabilidad vicaria, porque responde la institución arbitral ¿En qué supuestos puede un secretario asumir responsabilidades? Claro, mientras más funciones se le encarguen a los secretarios más allá de las administrativas, obviamente, la secretaría va a estar muy expuesta a responsabilidad; mientras menos funciones se le encarguen que sean las estrictamente administrativas, entonces, no va a tener mayor problema en el tema de la responsabilidad.

Los secretarios *ad-hoc*, eso sí es una gran incógnita, porque los secretarios de instituciones arbitrales son empleados, como sucede en otros países también, son empleados de las instituciones, pero los secretarios *ad-hoc* no son empleados de los tribunales arbitrales, brindan servicios profesionales independientes hacia las partes. Entonces, ahí sí habría una responsabilidad individual de los secretarios en los arbitrajes *ad-hoc* pero habría que ver en qué medida, cuáles son las funciones que no está cumpliendo para poder ser sujeto de responsabilidad.

Un tema más, no quiero extenderme mucho. ¿Los secretarios deben cumplir estándares de independencia e imparcialidad?, ¿podrían ser recusados? Ya en alguna oportunidad, lo he visto poco, pero han llegado recusaciones a secretarios de la institución y en secretarios *ad-hoc* también lo he visto en alguna oportunidad.

En los últimos cinco años hemos tenido dos casos de recusación de secretarios, pero las recusaciones no son por independencia e imparcialidad, son porque una parte considera que el secretario ha cometido un error y debe ser apartado del caso y eso no es recusación propiamente dicha, recusación es cuando un secretario está en un tema de duda justificada sobre independencia e imparcialidad. Eso puede pasar mucho en arbitrajes *ad-hoc*, sobre todo en el Perú que hay mucho arbitraje *ad-hoc*, pero en el caso de una institución, obviamente, cuando nosotros detectamos un posible conflicto de interés, el secretario revela y es relevado del caso y no hemos tenido esos problemas.

Pero, hay un mal entendimiento de esa figura y cuando el secretario hace algo mal, se equivoca, recusación del secretario. Entonces, no es propiamente la figura, pero a nivel internacional, incluso en las notas sobre organización del proceso arbitral de Uncitral, que se acaban de revisar y aprobar, hay una referencia expresa a estándares de independencia e imparcialidad del secretario arbitral. Eso todavía yo no lo he visto en Lima, no sé si las otras instituciones ya tienen casos de falta de independencia e imparcialidad de secretarios, pero aquí lo poco que hemos visto es por no cumplir con sus funciones o porque una parte considera que no cumple con sus funciones.

Yo creo que no hay que darle mayor importancia de la que puede tener. El secretario arbitral no debe ser el centro de atención. En un tribunal *ad-hoc*, quien es responsable por la designación del secretario y por removerlo, evidentemente, es el tribunal arbitral; en un arbitraje institucional, la institución; pero yo creo que poner los faros sobre el secretario arbitral sería realmente perder el tiempo, salvo que ocurra algo grave. En realidad, el centro de atención debe estar en la controversia y en la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Intervención de Álvaro Aguilar Ojeda

Muchísimas gracias, Roger; muchas gracias a todos ustedes, Rafael, Silvia, Juan Carlos. Bueno, cerramos el panel.

8. SEXTO PANEL: FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN LAS REGIONES DEL PERÚ

José Luis Rojas Alcócer (moderador)

Fabiola Paulet Monteagudo (ponente)

Silvio Campana Zegarra (ponente)

Ludovina Villanueva Núñez (ponente)

Gustavo Bayona Macpherson (ponente)

Palabras de presentación del panel de Rigoberto Zúñiga

Entonces, para cerrar el día de hoy, vamos a empezar con el panel seis del congreso, «Fortalezas y debilidades del arbitraje institucional en las regiones del Perú». Tenemos diversos representantes de instituciones arbitrales muy representativas del país; nos acompañan profesionales del Cusco, de Arequipa, de Huancayo y también de Tacna.

Intervención de José Luis Rojas Alcócer

José Luis Rojas Alcócer^{*}

Buenas noches, nunca tan noches como ahora. Quería agradecer a los representantes de la Católica, especialmente a César, por su gentileza al invitarnos y a todos ustedes por la paciencia y estar todavía aquí con nosotros.

^{*} Director de Arbitraje Administrativo del OSCE.

No voy a decir la mecánica de la mesa, porque ya la han entendido a lo largo de estos paneles, así que solamente quiero empezar, así se lo he pedido a los miembros de la mesa, con una aclaración. Ayer se mencionó que la directiva de acreditación había inadecuadamente transgredido la ley, diciendo que un centro de arbitraje podía contar o no con un código de ética. Con eso yo discrepo parcialmente, porque en esencia estamos totalmente de acuerdo, mi estimado César, en que un centro de arbitraje serio tendría que tener un código de ética serio también, a la altura de las circunstancias; sin embargo, la opción de la directiva está marcada por el artículo 45.10 de la ley, que dice a la sazón lo siguiente: «El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el cual resulta de aplicación a los arbitrajes que administra, a los arbitrajes *ad-hoc* y, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética [...]».

Cuando le pregunté esto a las personas que impulsaron la modificación legislativa, yo dije «pero, ¿por qué esto? Puede sonar a un contrasentido, si yo pido que un centro de arbitraje sea fuerte, sólido, serio y responsable, que no tenga un código de ética parece que tiene una pata algo coja» y dijeron que, bueno, también podría presentarse el caso de un centro de arbitraje que presente un código de ética, pero que no parezca del todo bien hecho, sino algo así como por cumplir y que, de esta manera, podía estarse supliendo el que no tenga o que se aplique supletoriamente en todo aquello no regulado por ese código de ética, el Código de Ética del OSCE.

Son opciones legislativas, si son correctas o no, yo creo que no hay ninguna norma escrita en piedra, la única norma escrita en piedra que conozco se dio hace miles de años y a la pobre no le ha ido muy bien, febrilmente ha venido siendo incumplida por sus destinatarios, entonces, qué nos queda a nosotros los simples mortales al momento de hacer una norma; a lo mejor lo que creo yo es que debe pasar lo que pasa con el diseño de políticas públicas. Cuando uno implementa una política

pública el diseño es importante, pero todos sabemos de la noción, del *second best*, nunca el diseño de laboratorio llega exactamente igual a la realidad y lo he conversado con alguno de ustedes alguna vez, incluso la ley y el reglamento cuando salieron de OSCE, me cuentan, no llegaron exactamente igual a El Peruano.

Entonces, sufren modificaciones en el camino, hay algunos dueños que van modificando algunas cosas y es así, hay que lidiar con eso porque ésa es la realidad. Entonces, solamente nos queda diseñar, implementar de la mejor manera y evaluar permanentemente. Yo creo que el detalle aquí es evaluar, evaluar siempre para mejorar, escuchar las críticas, escuchar los comentarios, porque nos enriquecen y porque pueden hacer que la norma cada vez sea mejor.

En fin, un ejemplo de personas que han ido mejorando, son las personas que me acompañan ahora en el panel, que se están esforzando y están demostrando con su esfuerzo que, a pesar del centralismo limeño que genera desarrollos desiguales; desiguales en distintos órdenes y distintas actividades del país, en el arbitraje también pasa lo mismo. Escuchábamos hace poco a Roger que decía que hace veinte años no había arbitraje en el Perú.

Bueno, pues, en Lima ya tenemos instituciones arbitrales y arbitrajes *ad-hoc* medianamente sólidos, interesantes, de calidad; sin embargo, en provincias las cosas no han ido igual.

Iba a contar varias anécdotas, pero por el tiempo voy a contar solamente una. Un centro de arbitraje de una cámara de comercio, no las que están aquí, tuvo un pequeño *affair* con nosotros, una de las partes acudió al centro de arbitraje y presentó la demanda —era un arbitraje *ad-hoc*— y la otra parte dijo «no, yo no voy a ir al centro de arbitraje, porque éste es un arbitraje *ad-hoc*» y pidió que se designe a un árbitro en OSCE.

Bueno, el centro de arbitraje de esa cámara de comercio estaba reacio a dejar de administrar el arbitraje. Circunstancialmente quien habla, tuvo que viajar a esa ciudad, me entrevisté con el presidente de la cámara y pregunté por la persona que estaba a cargo del centro de arbitraje y me dijo «está aquí presente, en la mesa» y yo les dije «quiero entregarles un oficio, algo didáctico para que entiendan que no es así como deben proceder» y, luego que hice la explicación, me dicen «pero, doctor, ¿no es suficiente con que una persona venga y presente su demanda, para que yo me haga cargo del arbitraje?»; entonces le dije «no, así no es» y bueno expliqué temas que ustedes ya saben, pero una respuesta así me dejó un poco sorprendido. No sé si era una ignorancia negligente o era que me estaba engañando y, finalmente, lo sabía muy bien y se hacía el tonto.

En todo caso, el beneficio de la duda, según nuestra amiga Ludovina, es que era una ignorancia negligente y que no había mala fe en eso. En todo caso, ellos nos tienen para contar cómo han hecho para que estas situaciones en sus centros de arbitraje no se presenten, cómo han ido ganando legitimidad en la actividad que están realizando, y por eso voy a dejar, en primer lugar, el panel a Fabiola Paulet, que nos va a contar cómo le va al arbitraje en Junín.

Intervención de Fabiola Paulet Monteagudo

*Fabiola Paulet Monteagudo**

Bueno, ante todo muy buenas noches. Me sumo a los comentarios de José. Dos cosas muy importantes, les agradezco sobremanera que estén acá con nosotros a esta hora de la noche, que ya parece pues la cláusula de media noche, ¿verdad?, así que voy a ser bastante cortita, pero siendo cortita en compartir esta experiencia.

* Directora ejecutiva de Arbitralis, empresa consultora en contratación pública, arbitraje y negocios corporativos.

Para nosotros, como Cámara de Comercio de Huancayo, quizás sea un gran paso y para ustedes muy pequeño, pero quiero que valoren todo el esfuerzo que se ha hecho para llegar hasta aquí.

Para empezar, los tres compromisos que nosotros hemos tenido son tres políticas, el eje de trabajo de transparencia, celeridad y confianza. Son los mismos ejes que trabajé en la Dirección de Arbitraje de OSCE y yo me pregunté en aquel momento cuando me ofrecieron el reto «claro, si estoy en la Dirección de Arbitraje de OSCE, tiene una marca, tiene un poder, hacer las cosas de pronto resulta bastante sencillo», y me pregunté si esa experiencia se podía repetir en una asociación sin fines de lucro, es decir, en la Cámara de Comercio de Huancayo, específicamente en la Corte de Arbitraje. Eso fue uno.

Dos, el presidente de aquel entonces me persuadió para que realmente construyera un nuevo camino, estaba comprometido con institucionalizar el arbitraje, es decir, hubo una decisión política, hubo un respaldo. ¿Qué logramos? En el 2014, como ustedes ven en pantalla, hubo un quiebre. En ese momento, nosotros saltamos de alegría, dijimos «¡wow!, no tuvimos que esperar mucho tiempo para hacer buenos cambios». Claro, 84 en ese momento se convirtió luego en un problema porque no teníamos la capacidad de respuesta, no pensábamos que podíamos atender eso.

En el 2015, ya nosotros tenemos por parte de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo una sede en Lima. Esta sede, que en un principio nos causó muchísima alegría, naturalmente tuvo un grupo, porque siempre hay un grupo de personas que piensan distinto a ti, personas que temen y dicen «ahora se van a llevar todos los arbitrajes de Huancayo a Lima, ¿qué va a ser de nosotros?», una serie de preguntas, pero ése no fue el objetivo y no ha pasado eso.

Finalmente, en el 2016, para hacerlo también bastante corto, contamos con un nuevo secretario general y yo me permito decir que es un secretario con muchísima experiencia, con una reputación impecable

y es un lujo como centro de arbitraje contar con una persona con ese perfil, porque está formando a los secretarios que están a su mando.

En fin, éstos son pequeños logros que ha tenido en el tiempo la corte de arbitraje. Ustedes ven en pantalla cómo ha ido la evolución económica. En lo personal, yo siempre traduzco los logros con cifras, porque me gusta medir, quiero saber si avanzo y ustedes se van a dar cuenta de que en el año 2016, de enero a junio, ya hemos hecho una facturación que corresponde a todo el año 2015.

Entonces, creemos que estas políticas de trabajo sí redundan en beneficio del arbitraje, de la institución. Nosotros no creemos que podemos implantar las cosas a la fuerza, tenemos que ganarnos la confianza y la confianza se gana a pulso, tiene que empezar en casa, lo tienen que saber todos, si el documento entra a las 5:00 p.m., entra a las 5:00 p.m., no a las 5:05 p.m.; si las reglas de arbitraje a las cuales se han sometido, establecen, especialmente, por las partes, fechas máximas, son fechas máximas. Nosotros como centro de arbitraje tenemos que cautelar que se cumpla el reglamento, especialmente el pactado por las partes.

¿Cómo lo logramos? Ya para terminar, lo que un poco les había comentado, un compromiso genuino del Consejo Directivo de la Cámara de Comercio de Huancayo, porque si no, no sería realidad. Segundo, respetar la autonomía de la Corte de Arbitraje. En varias oportunidades nos han sometido a muchísima presión, el poder político enfrentado al poder económico y en aquellas oportunidades y tengo que confesarlo, temía en algún momento que hubiera alguna injerencia, alguna llamada; nunca, doy testimonio, he sido llamada por teléfono por ningún miembro del Consejo Directivo para intervenir o a sugerirme o a preguntarme, aun cuando el caso era mediático.

¿Qué hicimos con el Consejo Directivo?, porque lo hicimos juntos, como comprenderán ustedes no soy de la ciudad de Huancayo, así que yo no podía conocer a los árbitros, quienes conocían mejor a los árbitros

eran los miembros del Consejo Directivo. Encontré sesenticinco, quedaron diez, y una vez que nos quedamos con los árbitros con los que teníamos que quedarnos, porque recuerden ustedes que para nosotros los árbitros son nuestros aliados estratégicos, no vamos a mejorar y no vamos a llegar a donde queremos si no vamos de la mano con ellos; entonces, era el Consejo quien tenía que decirme con quién tengo que trabajar.

Una vez que teníamos la nómina, también nos dimos cuenta de que era muy necesario reconocer a los árbitros, a los que nosotros llamamos «estelares», los necesitamos, queremos que interactúen con nuestros árbitros en Huancayo; necesitamos que aprendan, porque si nosotros queremos ser grandes, tenemos que aprender de los grandes, tenemos que interactuar con los grandes, tenemos que tener experiencia con ellos.

Sin duda, también promovemos a árbitros jóvenes, porque tenemos que promover nuevas generaciones. Ha sido una lucha muy fuerte, en el sentido de capacitar a los árbitros del centro de arbitraje. Hubo una primera avanzada de un diplomado y este diplomado que va a empezar, aproximadamente, el 1 de octubre, en una alianza con la Pontificia Universidad Católica, a la que le agradezco enormemente que haya apostado por la corte de arbitraje, por fin se va a cristalizar. Es un sueño para quien habla y especialmente para el presidente de la Cámara de Comercio de Huancayo, que tengamos árbitros en Huancayo que tengan las mismas especialidades de Lima, con la misma calidad académica, es decir, que no tengamos nada que extrañar, que formamos nuevas promociones.

Finalmente, nosotros creemos que nuestra tarea es asegurar el cumplimiento del reglamento y establecer algunos criterios en la solución de conflictos. Qué pena que el tiempo no alcanza, pero solamente les voy a comentar un poco, la libertad en la designación de las partes, es decir, de los árbitros de parte; la frecuencia en las designaciones, algunos criterios, por ejemplo, si hay un contrato y ese contrato provoca veinte designaciones, para nosotros es una sola designación, no hay frecuencia; lineamientos sobre la casuística en materia de recusación; sí, nos interesan mucho

los lineamientos de la casuística de OSCE, en gran parte los compartimos, creemos que es un derrotero, un lineamiento que nos permite seguir y, sobre todo, capacitar y orientar a los árbitros y a las partes. Sancionar a los árbitros, en lo personal, yo no creo en la sanción, no creo que la sanción resuelva nada. Si eso resolviera algo, nuestras cárceles estarían vacías.

Creo en la transparencia, creo en alianzas, creo en la sinergia y creo en todo esto porque lo hemos logrado bajo ese lineamiento.

Finalmente, no me queda más que comentarles las debilidades, porque también hay debilidades. Hay mucho regionalismo, hasta el día de hoy siempre tengo que lidiar con este tema. «¿Eres de Huancayo?, no eres de Huancayo»; «haces logros, pero no eres de Huancayo». Y yo trato día a día de persuadirlos de que lo que se ha construido es para Huancayo, eso no es a título personal, porque estamos trabajando para una institución.

Los grupos de poder, que tengo que, de alguna forma, tratar de eludir; tengo alguna que otra experiencia no muy negativa, pero que no es momento de compartirla.

La nula comunicación entre jueces y árbitros, nula comunicación y eso no es bueno, porque finalmente si no construimos puentes de comunicación entre jueces y árbitros, la administración de justicia no va a mejorar.

Otro problema que hemos enfrentado es la baja especialización; no hay muchos profesionales en Huancayo que dominen arbitraje y en eso yo secundo a Ludovina; muchas veces no es por mala fe, en verdad, no hay mucho conocimiento en arbitraje y si cometieran errores como, por ejemplo, el presidente del tribunal aprueba una resolución y la notifican sin que los otros dos árbitros lo supieran y, claro, a uno le puede dar un soponcio, un ataque, pero no, muchas veces es porque no hay el conocimiento nada más, no hay mala fe.

Bueno, muchísimas gracias con todos y ésta es la experiencia que compartimos.

Intervención de José Luis Rojas Alcócer

Gracias, Fabiola. A continuación, la doctora Ludovina Villanueva va a exponernos la realidad del arbitraje en Arequipa.

Intervención de Ludovina Villanueva Núñez

*Ludovina Villanueva Núñez**

Gracias, José Luis, buenas noches. Mi querido César, te quería agradecer por la invitación, sobre todo por visibilizarnos.

En las regiones, fuera de Lima, suceden cosas bien interesantes y a nosotros nos sucedió un tema que es emblemático y creo que del que todos tienen conocimiento, porque en las noticias fue a nivel nacional. Me refiero al caso Oncoserv.

¿Por qué me refiero al caso Oncoserv? Porque este caso fue bastante pedagógico. El tema del que tratamos ahora es cuál es la experiencia en Arequipa respecto del arbitraje institucional y del arbitraje *ad-hoc*.

Este caso, para quienes no lo conocen, se los resumo brevemente. El Gobierno Regional de Arequipa en el año 2006 celebra un contrato con una empresa para que preste servicios en un hospital de cáncer. Al cabo de los años, el Gobierno Regional pasa a una segunda gestión y esta empresa demanda al Gobierno Regional porque decía que tenía

* Secretaria general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa.

que restablecerle el equilibrio financiero que se había desbalanceado y presenta una petición arbitral.

Cuando celebran el convenio, el Gobierno Regional, en la nueva gestión se da cuenta —dicen ellos, éstos son los argumentos, en todo caso, que lanzan— que quien había incumplido el contrato no eran ellos, sino era esta empresa, que es Oncoserv. Se instala el tribunal arbitral con dos árbitros de Lima y uno de Arequipa y ahí comienza el problema.

De acuerdo con todo el análisis que hacen con posterioridad a la celebración del contrato, el Gobierno Regional y los funcionarios indican que la responsabilidad comenzó cuando se celebró el contrato, porque estuvo lleno de errores y pareciera que lo que mal comienza, mal acaba. Se instala el tribunal y ahí comienzan los problemas.

El Gobierno Regional solicita que el arbitraje se lleve a cabo en Arequipa, no obstante que la cláusula decía que debía llevarse aquí en Lima. El Gobierno Regional, además, emite una resolución de lo más extraña y la he traído aquí y se las quiero leer para que vean lo que exactamente dice y esto se los comento, porque como les digo, es ilustrativo, para que ustedes vean lo que pasa en Arequipa.

El Gobierno Regional solicita —así lo dice a través de un acuerdo regional— que el arbitraje, no obstante que en la cláusula se pactó que sea en Lima, se lleve a cabo en Arequipa y que se realice de forma pública. Luego dice que el tribunal arbitral debe especificar a qué finalidad pública se ha asignado —paréntesis antes de continuar con esto, dentro del proceso se traba una medida cautelar que de inmediato se ejecuta por el orden de 7 millones— el dinero que se obtuvo a través de esta medida cautelar, porque indican que se ha perjudicado a trece institutos superiores públicos con la pérdida de los estudiantes, porque no les pudieron pagar a los profesores, que no podían pagar los servicios de agua, luz, teléfono e Internet de la Gerencia Regional, etc.

¿Qué quiero decir con esto? Cuando José Luis me decía que él dudaba respecto de lo que te habían dicho de si era un arbitraje *ad-hoc* o no era un arbitraje *ad-hoc*, si esto era a propósito o no, yo por eso te decía que creo que es un acto de negligencia y que actuaron de buena fe. Lo que dice este acuerdo regional, como ustedes podrán ver, muestra un desconocimiento absoluto de lo que es el arbitraje. A través de este acuerdo regional no le podían pedir a las partes que lo que se había pactado, porque una de las partes decidió que ya no quería que fuera en Lima, sino en Arequipa, decidir que fuera a través de este acuerdo, que sea Arequipa; de ninguna manera podía pedir que las audiencias fueran públicas; y, más allá de eso, no podía pedirle al tribunal arbitral que le diera cuentas, porque lo que le estaba diciendo: «árbitro ve, infórmame de qué se trata exactamente lo que estás haciendo», eso es lo que hizo el Gobierno Regional.

En conclusión, lamentablemente sobre arbitraje, lo tengo que decir, algunas entidades no saben de qué se trata, por eso es que lo traía a colación.

Cuando se me invita a esta mesa, me puse a investigar qué es lo que estaba pasando con los procesos arbitrales en Arequipa. Yo, les confieso que estaba muy contenta, porque a lo largo de los años, al igual que en el caso del centro de Fabiola, se ha incrementado y, en el caso del Gobierno Regional también, pero luego me doy con la sorpresa cuando entro a la data que ellos mismos publican, porque luego de esto, ellos publican cuántos procesos se han iniciado, cuántos han concluido, en fin, la información la hacen pública, pero me di con una ingrata sorpresa que, de verdad, me preocupó porque los procesos *ad hoc* versus los institucionales, más o menos son de un 80%.

En Arequipa, el Gobierno Regional tiene procesos arbitrales del orden del 80%, pero lo que me preocupó realmente es que alguno de los árbitros que habían designado, no era ni de Lima ni de Arequipa, era de Huánuco. Eso la verdad, sin saber cuál es la calidad profesional o

la especialidad del árbitro, sí me preocupó, pensar que en un proceso que se lleva en Arequipa, normalmente los árbitros o son de Arequipa o son de Lima, pero en este caso era de Huánuco, habiendo tenido este antecedente de ONCOSERV, sí me llamó mucho la atención y todo el optimismo que yo tenía, lamentablemente se fue diluyendo.

¿Qué es lo que pasa? Lo cierto es que nosotros somos un centro de arbitraje que creo que tenemos alguna vigencia; nuestro centro comienza en el año 98 más o menos y lo que nosotros hacemos es una labor imparcial, tenemos un Código de Ética que funciona, yo tengo cinco años ya manejando el centro, honestamente no he tenido mayores complicaciones y los árbitros que manejan los procesos, los actores que manejan los procesos, creo que están dentro de los cánones, funcionan bien; pero sí hay un problema, es el tema de los procuradores.

La defensa del Estado está en manos de funcionarios públicos que tienen demasiada carga procesal. A mí me decían el otro día que la Procuraduría de Arequipa —no sé si oí mal, pero creo que no— tenía 24,000 procesos y dentro de ellos estaban los arbitrajes ¿Cómo un procurador puede defender de manera eficiente al Estado con esta carga procesal? No hay forma.

Me guardo para la siguiente ronda.

Gracias.

Intervención de José Luis Rojas Alcócer

Muchas gracias, Ludovina. Ahora toca el turno de Silvio Campana, un viejo amigo de hace mucho tiempo, quien nos va a hablar del arbitraje en el Cusco.

Intervención de Silvio Campana Zegarra

*Silvio Campana Zegarra**

Muchas gracias, José Luis. A ver, en Cusco hay un fenómeno que creo que afecta a todas las regiones desde hace unos catorce años. Es el incremento del presupuesto público, a partir de las industrias extractivas. En las regiones el presupuesto público ha crecido enormemente por industrias extractivas y eso tiene que ver con el canon.

Cusco en el año 2002 recibía 500 millones de presupuesto, en el año 2014 el presupuesto llegó a 3,500 millones; era una cantidad enorme y la regla estatal es que ese dinero no se puede gastar en gasto corriente, se tiene que gastar en obras o inversiones. Consecuencia, las compras y las obras estatales crecieron y ahí es donde empieza el tema del arbitraje en Cusco.

Antes de esa fecha, no había arbitraje en Cusco. Recién empieza a haber arbitraje cuando empiezan a surgir los problemas en las contrataciones del Estado y hago referencia a lo que decía Ludovina respecto a los procuradores. Los procuradores no conocen el tema de arbitraje y, entonces, procesalizan el tema del arbitraje y Cusco es una ciudad muy litigiosa y, entonces, los abogados que son procuradores, terminan actuando como si fueran juicios y eso debilita el proceso del arbitraje, esa es una gran debilidad del arbitraje.

Segundo, los procuradores, no tengo evidencia como para decir «esto ocurre», pero sí puedo contar una experiencia que he tenido hace poco, porque con el doctor César Guzmán-Barrón estuvimos recorriendo el Cusco con la idea de promover el arbitraje desde el Centro de la Universidad Católica y visitamos a varios alcaldes.

* Docente, árbitro y consultor del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

No voy a decir qué alcalde, pero a los pocos días de la visita, este alcalde me llama y me dice «doctor, queremos ver lo del arbitraje y la cláusula; hable con mi procurador». Entonces, me fui a esta localidad a hablar con el procurador y el procurador muy entusiasmado empezó a hablarme de la cláusula, «sí, vamos a sacar adelante esto, pero doctor, ¿cómo podemos garantizar que cuando celebremos los arbitrajes, éstos puedan —de una u otra manera— ser favorables?».

Eso es bien complicado, porque me puso en evidencia inmediata que parece que es una práctica que no es sólo de ese procurador, sino probablemente de otros procuradores.

El Gobierno Regional del Cusco durante la nueva gestión ha cambiado de procurador una vez y estuvo hasta enero de este año y señalaba que de la gestión anterior había recibido 38 procesos de arbitraje del Estado, estoy hablando de arbitrajes del Estado. He conversado con el actual procurador y la cifra se ha duplicado y la cantidad de dinero que se está moviendo aproximadamente alrededor de estos arbitrajes es de más de 1,000 millones de Soles, que están en juego por parte del gobierno regional, sólo hablando del Gobierno Regional y no de municipalidades, como municipalidades de La Convención o de Echarati, que tienen presupuestos muy altos por el tema del canon.

Hay un presidente regional que está preso por un tema de corrupción vinculado a un arbitraje, que tiene que ver con la limpieza de carreteras; y en Cusco hay varios problemas actuales con la gestión anterior y con la actual gestión respecto a construcción de carreteras, construcción del hospital y otras obras. Lo que se viene ahora es el tema del aeropuerto de Chinchero y que muy probablemente también va a terminar en un arbitraje, si es que primero no metemos una junta de resolución de disputas, que sería lo ideal para que esa obra efectivamente se concrete.

Una cosa adicional. Cuando se habló del tema de Orellana, como que se descubrió que había un problema; ahí no hablo de Cusco, hablo del tema de arbitraje nacional. Pero, ya en el año 2011, la Agencia de Cooperación Española había sacado un informe señalando que habían problemas en el arbitraje dentro de los gobiernos regionales, es decir, no era algo nuevo y el Estado tenía ese informe y no se hizo lo que ese informe recomendaba, es decir, hay que ponerle el ojo al arbitraje del Estado dentro de los gobiernos regionales y dentro de los gobiernos locales, porque hay un sistema de corrupción instalado.

Esto que contaba Ludovina, al parecer, es una práctica que se está replicando en otros lados. Antes de entrar en este auditorio, me comentaba un colega que ésa es una práctica que también se estaría dando en Cusco, es decir, que están contratando árbitros en contrataciones públicas llevándolos a otros lugares, no a Lima, sino a Trujillo y a otros lugares, ¿por qué?, ¿qué es lo que está atrás?, ¿qué es lo que se mueve?. Debe haber ahí como una cadena de hechos que habrá que descubrir, porque no lo tengo muy claro, pero sí es como para prestarle atención, es una voz de alerta.

¿Qué es lo que finalmente, creo yo, se enfrenta? La actividad profesional y el comportamiento ético del árbitro no tiene que ver sólo con la práctica arbitral, tiene que ver con cómo el árbitro ve y valora su trabajo y eso creo que es fundamental. Si el árbitro sólo piensa que la ética está en cómo actúa arbitralmente y esto no va atado a lo que son sus valores y principios, puede terminar siendo incoherente y perjudicando el sistema arbitral.

¿Por qué se valora el arbitraje? Porque, en líneas generales, consideramos que el Poder Judicial está muy mal y si está muy mal es porque las prácticas dentro del Poder Judicial han estado muchas veces plagadas de actos de corrupción; y si vamos a permitir que el arbitraje caiga en esas mismas prácticas, estamos malogrando el sistema arbitral. Entonces, eso no depende, creo yo, solamente de la actividad de los centros de arbitraje, sino de los propios árbitros y cómo los árbitros reconocen su

práctica como una práctica que tiene que ver con el comportamiento y la valoración personal de su trabajo.

Cuando en el Quinto Congreso el doctor Zolezzi hablaba de algunas prácticas, señalaba, por ejemplo, la recurrencia en el arbitraje del mismo árbitro. Claro, ¿qué significaba eso? Al mismo árbitro lo contrato y, en consecuencia, si me saca un laudo favorable lo voy a volver a contratar y así sucesivamente. Este es un riesgo, no necesariamente significa que el árbitro que saca un laudo y lo saca bien debiera ser bien contratado, sino va a depender mucho de cómo la institución que lo contrata, que lo nombra, valora su laudo; entonces, ahí entramos a otra disquisición de carácter ético.

Los procuradores muchas veces prefieren hacer los arbitrajes fuera de la ciudad de origen, porque les pagan viáticos, porque se trasladan a Lima, porque tienen el viajecito de fin de semana y, en consecuencia, aprovechan el sistema y no lo hacen en Cusco porque no van a viajar. Nuestro sistema de procuradores, como ya decía Ludovina, es muy débil, un procurador con 3 asistentes tiene que llevar no sólo los arbitrajes, sino todos los casos del aparato estatal, con lo cual ¿cómo termina ese procurador? Estresado, de mal humor y lo que encuentra es «me voy a Lima, disfruto de Lima, me voy al cine, ceno, etc.».

Los centros de arbitraje locales, yo creo que ahí hay un tema, por lo menos en Cusco, que tiene que ser mucho más promovido. Hay poca capacitación de árbitros, pero esto tiene que ver con el costo de las capacitaciones. Entonces, yo no creo que el tema pase por rebajar el costo, sino porque los árbitros o quienes quieren ser árbitros valoren efectivamente ser árbitros y que paguen por especializarse y esto no está pasando en las provincias.

Entonces, yo espero, como decía Fabiola, si en Huancayo se está logrando un acuerdo, que efectivamente esto funcione y que mejore el sistema, pero eso pasa porque los árbitros valoren este sistema de capacitaciones.

Por último, me quería referir al tema de la doctrina de «manos limpias». En el arbitraje se habla de la doctrina de «manos limpias» para cuando el tribunal arbitral descubre que hay un tema de corrupción y pueda exonerarse. Pero esto es peligroso, porque en la práctica no debiera ocurrir, pero lo que yo sí creo es que el árbitro, antes de asumir el caso y si conoce que el caso puede ser uno en el que a todas luces hay corrupción, no declararlo, sino simplemente exonerarse de aceptar el caso, porque si ya se constituye el tribunal arbitral, esto va a traer complicaciones, porque se está violando el principio de inocencia. Pero, si no declara, sino sencillamente antes de aceptar el cargo, decide no aceptarlo, se libera de poder llevar adelante un caso en el cual hay actos de corrupción.

Bueno, ahí lo dejo porque estamos con el tiempo.

Intervención de José Luis Rojas Alcócer

Gracias, Silvio. Finalmente, en esta primera ronda, tenemos la presencia de Gustavo Bayona, que viene de Tacna a contarnos un poco la experiencia, lo que nos han contado los demás sobre el arbitraje en esa región.

Intervención de Gustavo Bayona MacPherson

*Gustavo Bayona MacPherson**

Bien, ante todo, buenas noches. Agradezco a César Guzmán-Barrón por su gentil invitación y a todos los presentes, que todavía son sobrevivientes.

* Secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Producción de Tacna.

Bueno, yo quería empezar con esta frase. Este señor es Gary Born; hace poco estuvo acá en esta casa de estudios por la invitación que se le hizo y este señor, que es uno de los personajes más influyentes en el arbitraje internacional, señala que en todas partes pueden darse situaciones en las que las cortes de arbitraje pueden ser utilizadas con fines dolosos y, es en ese contexto, en el que la figura del arbitraje institucional brinda mayor seguridad a las partes.

Yo quería empezar con esa frase porque es justamente esa seguridad la que nosotros, quienes estamos en provincias, quienes trabajamos el tema del arbitraje institucional en provincia, debemos procurar que los arbitrajes se desarrollen brindando mayor seguridad y, no sólo eso, sino difundiendo y capacitando en buenas prácticas arbitrales.

Yo quería comentarles cómo le fue a la región de Tacna en el arbitraje, en general, tanto institucional como ad hoc. Esto se hizo con una muestra de cuarenta laudos, que figuran en la base que tiene publicada el portal institucional de OSCE; sin embargo, esto es una muestra, porque no todos los laudos que se han trabajado en la región de Tacna están publicados, por diversos motivos, pero es una muestra que quise traer para que puedan compartirla conmigo.

En principio, como lo señalaba ayer Ricardo Gandolfo, en la mayoría de los casos, tenemos el ejemplo de Tacna, el 98% de las veces quien demanda es el contratista y esto lo explicó claramente Ricardo con el ejemplo que puso al apretarle la yugular, cogotearlo y, finalmente, rematarlo, aplicándole penalidades, ejecutándole fianzas, resolviéndole el contrato y, finalmente, un proceso administrativo sancionador.

La mayor incidencia, al igual que el estudio que hizo la Contraloría y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Católica, es en temas de obras públicas y es, curiosamente, donde se discuten las mayores cuantías controvertidas. En segundo lugar, tenemos los servicios y, en tercer lugar, bienes.

En provincia, la mayoría de arbitrajes son *ad hoc*, como también lo determinan los estudios que se han realizado en la ciudad de Lima. El 70% de arbitrajes que se realizan en la región de Tacna son *ad-hoc*. En la segunda parte de esta exposición vamos a tratar de esbozar una respuesta para esto.

¿Cuánto fue demandado y cuánto fue perdido? De esa muestra de 40 laudos nada más, fueron demandados 35.5 millones de soles, la pérdida fue de 17.5 millones. Alguien me dirá «¡ah!, pero no se perdió todo». En realidad, esto responde a que ningún contratista va a reclamar lo que espera ajustado, simplemente trata a través de pretensiones accesorias, subordinadas o lo que fuese, de conseguir lo mismo y esto va sumando números a lo que se plantea como pretensiones.

El origen de la controversia. De estos cuarenta laudos, tenemos que la mayoría de casos trataron de incumplimiento de pago, incumplimientos contractuales y resolución de contrato. Desde mi punto de vista, temas de incumplimiento de pagos no deberían llegar a arbitraje, son situaciones en donde un contratista cumple con sus prestaciones y corresponde que la entidad le efectúe el pago; sin embargo la realidad es que cuando va a la entidad, la entidad dispuso el presupuesto para otro tema y no cuenta con el presupuesto y muchas veces no son empáticos con el funcionario que aprueba su pago. En pocas palabras, no optó por acceder a determinadas peticiones de estos malos funcionarios que están allí.

El Gobierno Regional de Tacna es quien registra la mayor cantidad de arbitrajes, llevándose el punto porcentual de 60, seguido por las municipalidades provinciales y distritales con un 28%, y 12% para el caso de otras entidades del Estado como, por ejemplo, en Tacna tenemos Egesur, Electrosur, la EPS, etc..

La decisión del laudo. Tenemos que se declara fundado y fundado en parte en el 77% de los casos.

Yo quería comentarles y ya para pasar a la última parte de esto, este concepto que está establecido en el Diccionario Terminológico de Palestra y que tuvo a bien publicar el Estudio Mario Castillo, que señala qué se debe considerar como una cláusula patológica y dice en la segunda parte, «También se utiliza este término para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan no idóneos para la correcta y eficiente resolución de la controversia entre las partes».

¿A qué iba con esto?, Frédéric Eismann fue quien acuñó por primera vez el término de una cláusula patológica y él decía que un convenio arbitral tiene cuatro elementos esenciales, que si no se cumplen se estaría incurriendo en una patología. El primero, que es común a todos los acuerdos, es que produzca efectos jurídicos para las partes; el segundo, excluir las cortes estatales, las cortes judiciales en la solución de esta controversia; el tercero era empoderar a los árbitros para que puedan resolver la controversia; y, el cuarto, era poner en marcha un procedimiento para que las partes puedan resolver su controversia de forma eficiente y rápida.

Esto explica por qué los arbitrajes en la mayoría de regiones y en el Perú son ad hoc y parte de una falta de diligencia de funcionarios porque esta cláusula era la que estaba en las bases estandarizadas del OSCE; sin embargo, tenía un pie de página que decía que esa cláusula podía ser modificada estableciendo un arbitraje institucional o un arbitraje ad hoc. Bueno, eso se cambió y ahora tenemos una nueva cláusula que en las bases estandarizadas es de esta manera y en la parte del medio, ahí lo pueden ver, señala que el arbitraje será de tipo institucional o *ad-hoc*.

¿Qué cosa están haciendo ahora las entidades? Tengo un ejemplo de lo que están haciendo. Por ejemplo, ésta es una cláusula de Ilo, que está muy cerca a Tacna, y están poniendo exactamente lo mismo, «chancando y pegando», no modifican absolutamente nada. Otra cláusula, ni siquiera pusieron que era arbitraje institucional, están siguiendo el mismo esquema anterior. Otra más, este es un contrato de una Muni-

cipalidad de Tacna y señala que el arbitraje será de tipo institucional. No sólo eso, acá también tenemos a la Universidad Jorge Basadre, que es curiosamente una de las entidades que tiene mayor presupuesto por canon y también está poniendo que será de tipo institucional.

¿Qué es lo que dice la norma? La norma señala que si en el convenio se establece que un arbitraje es institucional y no se señala una institución arbitral determinada, lo que va a suceder es que la parte interesada va a poder demandar en cualquier institución acreditada del país, usted va a poder llevar a arbitrar a Iquitos, etc. Eso para quienes estamos en provincias resulta poner en marcha un procedimiento no idóneo, porque no es lo mismo llevar un arbitraje en tu sede, hacer el seguimiento del expediente en tu sede, trabajar en tu sede, que irte a jugar el partido a otra cancha, sin contar con las peripecias que pueden suceder al momento de formar un tribunal *ad-hoc*.

Bueno, hasta ahí para poder comentar después las otras intervenciones. Esto es un poco lo que les he querido traer de qué es lo que está sucediendo. Felizmente, nosotros hemos iniciado un proceso de capacitación y difusión en Tacna, que justo Ricardo Rodríguez me comentaba «estás haciendo historia, Gustavo, en Tacna», porque nosotros hemos empezado a difundir unas capacitaciones sobre gestión de contratos, donde les enseñamos a las entidades a prevenir controversias, por ahí algunos dirán «te estás disparando a los pies, ¿qué haces enseñándole a las entidades a gestionar si tú vives de las controversias?». Pero, nosotros somos conscientes de que realmente a una controversia debe llegar lo que debe llegar, no debe llegar cualquier cosa, porque se trata de dinero público, responde a una finalidad pública a ese dinero y no puede ser malversado de cualquier forma.

Felizmente, hemos logrado que esto se revierta y ustedes pueden revisar que hemos logrado hasta el momento, y vamos por más, que en el 50% de entidades de Tacna se considere un arbitraje institucional ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio.

Con esto espero que no empiecen a llover las solicitudes de incorporación de árbitros —es una broma, perdón—, pero al igual que en otros centros del Perú, nosotros cuidamos que nuestro registro esté conformado por personas especializadas, de prestigio y otra serie de parámetros que están establecidos en nuestro reglamento y que están ahí justamente para garantizar el correcto desarrollo del arbitraje.

Muchas gracias.

Intervención de José Luis Rojas Alcócer

Gracias, Gustavo. Como el tiempo apremia, solamente vamos a darle dos minutos a cada uno de ustedes; eran cinco, pero vamos a reducir un poquito. Quiero hacer un par de preguntas para discusión, quien quiera intervenir, lo hace.

Algunos árbitros en paneles como éstos señalan que no por el hecho de ser institucional un arbitraje, es mejor que un ad hoc. Entonces, yo les preguntaría a ustedes que manejan arbitrajes institucionales, ¿qué hace que los arbitrajes que ustedes administran sean una opción real y sustantivamente mejor que un arbitraje ad hoc en sus regiones? Y la otra es ¿qué mecanismos utilizan para prevenir y sancionar posibles faltas éticas y/o actos de corrupción?

Intervención de Fabiola Paulet Monteagudo

Bueno, en la experiencia que nosotros tenemos y eso es lo que creemos, creo que el arbitraje institucional se tiene que legitimar por su sociedad y en la medida en que eso ocurra, lo que se va a tener como consecuencia es que nosotros vamos a representar un crecimiento, que es lo que está ocurriendo.

Adicionalmente, yo creo —quizás no sea muy positivo comentarlo— que las reglas de conducta, los códigos de ética y cualquier instrumento, pueden ayudar a establecer algunas reglas transversales, pero no soy pro sanción, soy pro transparencia.

Gracias.

Intervención de José Luis Rojas Alcócer

Bueno y breve, dos veces bueno.

Intervención de Ludovina Villanueva Núñez

Bueno, en el caso nuestro ¿qué es lo que hace que nosotros tengamos una mejor posición respecto de los arbitrajes *ad-hoc*? Creo que es por las garantías que nosotros hemos venido ofreciendo a nuestros usuarios, porque tenemos detrás de este centro a una cámara que tiene cerca de 130 años de fundación, que tiene mucho prestigio.

Cuando comentaba el caso del Gobierno Regional es porque resultó siendo un caso emblemático, pero no solamente es el tema del Gobierno Regional el que nosotros venimos manejando, sino municipalidades, empresas del Estado; pero lo importante en nuestro caso, ¿por qué estamos difundiendo el sistema y por qué están creyendo en nosotros? Es porque no solamente el Estado está arbitrando con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Arequipa, sino también más o menos un 50% de privados se están sometiendo a arbitraje.

Eso nos da un buen indicador, es decir, no sólo tenemos al Estado que está obligado a arbitrar, entre comillas el obligado, sino además existen los terceros, los particulares que también creen en el sistema y, sobre todo, creen en nosotros. Entonces, eso para nosotros es un buen indicador.

¿Qué es lo que pasa con los temas éticos? Nosotros tenemos muy pocas recusaciones; yo creo que es porque tenemos una lista de árbitros bastante solvente, son árbitros idóneos, en toda mi experiencia no hemos tenido más de cuatro recusaciones y sólo dos fueron declaradas fundadas a lo largo de estos años. Entonces, creo que por ahí va el tema, creo que el prestigio de la institución lo hemos ganado pulso a pulso y a lo largo de todos estos años.

Intervención de José Luis Rojas Alcócer

Gracias, Ludovina. Silvio.

Intervención de Silvio Campana Zegarra

Bueno, en el caso de Cusco estamos hablando de que hay muy pocos centros como para hablar de institucionalidad o centros donde se dé arbitraje institucional. La Cámara de Comercio, en el caso de Cusco, recién hace dos años o año y medio ha relanzado su centro de arbitraje, entonces, no es que tenga muchos procesos tampoco, y la mayoría de casos de arbitraje del Estado se llevan fuera de Cusco, no se quedan en Cusco y la mayoría son *ad-hoc*.

¿Qué es lo que hace que el arbitraje institucional sea más favorable en el caso de contrataciones del Estado? Que de alguna manera va a garantizar que haya atrás un procedimiento regulado. Que hay una institucionalidad, que haya un reconocimiento del centro que administra el arbitraje; pero no todos los centros lo hacen de la misma manera, ni porque son centros se convierten en el modelo a seguir.

Creo yo, entonces, que habría que promover como ciertas bases estándar en el sistema, para que se pueda valorar adecuadamente el arbitraje institucional, porque surgen centros y centros y ahí empiezan a

haber dificultades en la valoración, entonces, esto tiene que ver con el otro tema que es cómo garantizar el tema ético.

Yo no estoy tan convencido de que los códigos de ética vayan a regular; yo creo que el árbitro debe asumir personalmente el rol y para ello están las Reglas IBA o está, en el caso de contrataciones del Estado, el Código de Ética del OSCE; entonces, yo creo que ahí es donde hay que apuntar, pero no cada centro lanzar su propio código, porque creo que nos vamos a llenar de códigos y la idea no creo que sea ésa; yo creo que hay que tratar de estandarizar un sistema en el cual, efectivamente, se pueda hacer seguimiento al comportamiento arbitral.

Yo sí creo que hay que imponer sanciones, porque lamentablemente, si dejamos que esto continúe, va a llegar un momento en el que nos va a desbordar y la corrupción está ahí, o sea, no podemos cerrar el ojo a lo que existe. ¿Hay corrupción en el arbitraje? Si hay corrupción en el arbitraje, entonces, hay que sancionarla, no podemos dejar que esto siga creciendo y hacernos de los ojos chiquitos y decir «no, no pasa nada, si está ahí» y sabemos y conocemos quiénes son, entonces, tratemos de implementar un mecanismo de sanción, porque si no, esto nos va a desbordar y perjudica el sistema.

Intervención de José Luis Rojas Alcócer

Gracias, Silvio. Gustavo.

Intervención de Gustavo Bayona MacPherson

Sí, justo lo que he señalado, el tema de la seguridad. Nosotros garantizamos el desarrollo del arbitraje a través de la difusión, de la capacitación de buenas prácticas arbitrales, del sistema arbitral, en donde estamos transitando por diversas entidades y procuradores, enseñándoles,

por ejemplo, a sancionar sus contratos, desde la concepción, desde la columna vertebral de la contratación, desde las especificaciones, términos de referencia, expedientes técnicos, cómo administrar los contratos durante la ejecución. Hoy en día todos saben que ningún contratista importante del país entra a una obra sin un equipo de administradores del contrato, ¿por qué las entidades no hacen lo propio?; y, a su vez, también al momento de resolver la controversia, asesorarse, contratar asesoría especializada, así como un equipo de fútbol cuando va a participar en una contienda se refuerza o entrena, lo mismo tienen que hacer las entidades.

Entonces, nosotros apostamos por eso. No nos estamos disparando a los pies; estamos ayudando a gestionar, a que aprendan a gestionar contratos, a que realmente llegue a controversia lo que debe llegar, y esto hace que nosotros generemos confianza en las partes, quienes son partícipes de esta difusión, de esta capacitación y así, confianza también en la institución arbitral.

Con relación a las sanciones, nosotros contamos con un Código de Ética, existen las sanciones, ahora tenemos que ponernos acorde con lo establecido por el OSCE, estamos en eso. Un poco nos ha descuadrado todo el tema, tenemos que hacerlo, así están las cosas, nosotros vivimos de ese tema y no nos queda de otra.

Intervención de José Luis Rojas Alcócer

Ok, gracias, Gustavo. Bueno, siendo casi las diez, creo que el resumen sería confianza, legitimidad, moralidad, eso es lo único que va a garantizar que, finalmente, las instituciones arbitrales sean más fuertes.

Gracias.

9. SÉPTIMO PANEL: PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA DESIGNACIÓN REITERATIVA DE ÁRBITROS

Rigoberto Zúñiga Maraví (moderador)

Claudia Paccieri Rojas (ponente)

Mario Castillo Freyre (ponente)

Franz Kundmüller Caminiti (ponente)

Intervención de Rigoberto Zúñiga Maraví

*Rigoberto Zúñiga Maraví**

Bien, buenas tardes con todos los presentes. Por mi parte, quiero manifestarles la satisfacción de compartir el panel con tan distinguidos profesionales y, realmente, esperamos lograr una conversación que sea de provecho para el conocimiento de todos nosotros.

El tema que nos ocupa el día de hoy es un tema que me parece de trascendencia fundamental para el desarrollo actual del arbitraje en el Perú, como vamos a ir detallando poco a poco, porque estamos hablando de la problemática en torno a la designación reiterativa de un árbitro.

Cuando se diseñó este panel, originalmente se pensó debatir todas las aristas que, como van a ver el día de hoy, son sumamente amplias y quizás hasta el tiempo nos quede un poco corto, porque este tema es bastante álgido de tratar, toda vez que implica el enfrentamiento o el

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Derecho de la Empresa por la misma casa de estudios e investigador del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

choque entre dos cuestiones fundamentales en el arbitraje, pero también en todo medio de solución de controversias.

Por un lado, tenemos el derecho a la libertad de designación. El arbitraje se diferencia del Poder Judicial porque las partes pueden elegir a su juzgador, pueden elegir a sus árbitros; en consecuencia, tienen una libertad natural para poder designar a la persona en la que más confíen, a la persona que consideren que tiene mayor capacidad para resolver su controversia.

Pero, por otro lado, tenemos los deberes de independencia e imparcialidad del árbitro. Ya lo ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia del caso Ivesur, por ejemplo, más allá de que el árbitro sea o no independiente o imparcial, debe parecer independiente e imparcial también, así lo ha dicho con toda claridad en esa sentencia el Tribunal Constitucional.

Entonces, cuando se habla de designación reiterativa yo veo, en primer lugar, que hay una confrontación entre la libertad de designación de las partes y si el árbitro es o no, o sigue siendo o no, independiente e imparcial debido a la reiteración en la designación.

Entonces, les decía que esta situación es compleja, porque hay que intentar equilibrar la libertad de designación de las partes con el derecho que también ellas tienen a que a los árbitros que designa la otra parte, sean también independientes e imparciales y se deban estrictamente a los fines de la controversia.

Esto me lleva a pensar también que, por un lado, podemos estar frente a un abuso de derecho. Si yo designo reiteradamente a un árbitro, yo puedo decir «bueno, es mi derecho a la libertad de designación», pero quizá estoy haciendo un uso abusivo del mismo, porque estoy lesionando el derecho que tiene mi contraparte a tener un tribunal arbitral independiente e imparcial.

Pero, también si me voy hacia el otro extremo o, mejor dicho, si se restringiera al máximo la libertad de designación y no se permitiera ninguna reiteración en ésta, caería quizás también en el riesgo de restringir indebidamente el derecho de designación de las partes.

Entonces, vamos viendo que éste es un tema muy complejo y también es complejo porque hay casos justificados. La especialización del árbitro, según la doctrina, puede justificar la designación reiterativa; o quizás, como vemos mucho en contratación pública, un mismo contrato, ampliaciones de plazo de un mismo contrato, también pueden justificar la misma elección de un árbitro porque el profesional ya conoce la materia controvertida.

También es un tema complejo, como van a detallar aquí mis distinguidos copanelistas, porque tiene diversas aristas de manifestación. Tenemos la designación reiterativa directa, o sea, la misma parte designa a un mismo árbitro en cantidad de ocasiones; pero también tenemos algo que se podría denominar designación indirecta, que es a través de los estudios de abogados, los mismos estudios de abogados para distintos arbitrajes, entre distintas partes, designan a un mismo árbitro.

También un caso que puede llamar un poco la atención es que ya no es el mismo árbitro el que designa una misma parte, sino que es un mismo presidente de tribunal arbitral, quien ocupa este cargo en los distintos arbitrajes que tiene una misma parte, con lo cual, en teoría, la parte no lo está designando, pero el árbitro que esta parte designa, sí designa siempre al mismo presidente.

Entonces, hay una amplia manifestación de esta figura y es, evidentemente, bastante difícil de conceptualizar por estos hechos.

Otro tema que vamos a desarrollar es la famosa dependencia económica, porque la mayoría de sentencias y jurisprudencia que ha abordado este tema, trata de encasillar o definir la falta de independencia del

árbitro, cuando la reiteración de la designación produce en el árbitro una dependencia económica; quiere decir que el árbitro, por las cantidades de casos en los cuales lo designa una misma parte, ya se vuelve, prácticamente, un asalariado de ésta y la mayoría de sus ingresos económicos dependen de estas designaciones y ello, evidentemente, hace que puedan haber distorsiones cuando el árbitro emite su laudo, distorsiones que se materializarán en una falta de independencia y harán que, por ejemplo, el árbitro pueda laudar siempre a favor de la parte que lo designa reiteradamente, o no necesariamente laudar a favor, pero quizás no laudar tan severamente en su contra, no acoger de modo independiente e imparcial las pretensiones de la contraparte y no otorgarle todo lo que le correspondería, evitándole mayores daños o mayores perjuicios económicos a la parte que lo designa reiteradamente.

Para finalizar la presentación del tema, solamente hacer la acotación de que en Perú tenemos un caso muy particular de arbitraje, como todos ya lo conocemos, el arbitraje en contratación pública, en donde el estándar de las directrices de la IBA sobre conflicto de interés, realmente nos resulta sumamente limitado, porque ¿qué nos dicen estas directrices en cuanto a designación reiterativa? Nos dicen que si una misma parte designa a un mismo árbitro en dos o más ocasiones en un lapso de tres años, la siguiente designación ya se considera sospechosa de conflicto de interés; y en caso de que un mismo estudio de abogados designe a un mismo árbitro, nos dice que si lo designa tres o más veces en tres años, ya la siguiente designación se considera sospechosa de conflicto de interés.

Pero, como en el extranjero y en el arbitraje internacional el volumen de arbitrajes no es tan elevado como el que tenemos en contratación pública, definitivamente, eso hace que repensemos cuál debería ser el número idóneo para nosotros.

En un evento que hicimos hace poco, un seminario que organizamos conjuntamente con Amcham y con la Cámara de Comercio de

Lima, el doctor Alfredo Bullard decía que más o menos, lanzó una cifra, dijo «diez designaciones hacia arriba, ya me parecería llamativo». Obviamente, la percepción que tengamos de esto, está condicionada por factores muy propios de la realidad nacional y es lo que se denomina el volumen de arbitrajes.

No es lo mismo, quizás, que una entidad que tenga 500 arbitrajes designe al mismo árbitro en cinco de ellos, que una entidad que tiene veinte arbitrajes, designe en cinco arbitrajes al árbitro.

También otro fenómeno muy propio de la realidad nacional es la designación reiterativa, no por parte de una misma entidad, sino por entidades del sector, lo cual también hace que sea un fenómeno bastante complejo de abordar y, justamente, el panel que estoy moderando se encargará de explicarles con mayor detalle toda esta problemática que he tratado de resumir muy brevemente.

Entonces, dejo en el uso de la palabra al doctor Franz Kundmüller.

Intervención de Franz Kundmüller Caminiti

*Franz Kundmüller Caminiti**

Gracias, Rigo. Ha habido sustracción de materia, creo, porque has resumido muy bien los distintos temas que comprende la problemática de la designación reiterada.

Yo quisiera referirme a cómo el rol de los centros de arbitraje es particularmente relevante respecto de este tema y recuerdo siempre cuando

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio fundador del Círculo Peruano de Arbitraje, miembro de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje del Perú y miembro de la Comisión de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima.

tuvimos la responsabilidad de asumir la secretaría del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima hace muchos años y después en el OSCE, la verdad es que no existía ninguna regla escrita ni ninguna norma mandatoria para designar árbitros, y lo que nosotros utilizábamos como criterio era, básicamente, dos cosas; una, tiene que ver con lo que estamos comentando acá, que es evitar la reiteración, por tanto, lo que buscábamos era que haya rotación en las designaciones de los árbitros; y la otra era cuidar el prestigio de las personas que se incorporaban a las ternas que formaban parte de los grupos de profesionales que entraban para ser designados en las listas, porque toda esta modalidad de ahora, de intervención de notarios en las designaciones, no existía en esa época, entonces, nos preocupábamos de que sean profesionales de reconocido prestigio y de que haya cierta rotación para que todos tengan en algún momento la oportunidad de participar en las designaciones.

Ahora, en cuanto al volumen de casos y designaciones, debo decir también que, generalmente, eran las partes las que designaban a los árbitros y éstos a sus presidentes, con lo que el volumen de designaciones tampoco es que fuera significativo frente al volumen de expedientes o casos arbitrales en trámite.

Ahora bien, el tema de la reiteración, yo creo que hay que mirarlo con mucho cuidado, porque las dificultades se producen cuando tratamos de generar una norma positiva con puntos taxativos para definir cuándo hay y cuándo no hay reiteración. ¿Por qué? Porque en el arbitraje hay otros elementos de seguridad y, como bien ha señalado Rigoberto, de balance, sopesos y contrapesos, que tienen que ver con el proceso de designación de los árbitros y que tienen que ver con la naturaleza misma del arbitraje y esto ¿qué significa?, significa, por ejemplo, que existe el principio de libertad de designación de árbitros, por un lado y, por otro lado, existe el derecho irrestricto de las partes a formular la recusación de los árbitros y, obviamente, esto se estructura, esto adquiere forma, a partir de los contenidos del convenio arbitral.

Ahora, ¿qué significa «contenidos del convenio arbitral»? Eso depende mucho del negocio de las partes y depende de la forma como pactan el arbitraje. Yo puedo perfectamente pactar en mi convenio arbitral limitaciones a reiteración de designación de árbitros en contratos coligados, pero si yo fuera un abogado litigante y tengo contratos coligados, lo más probable es que voy a tratar de que sean los mismos árbitros los que vean ambos contratos, porque además nosotros no tenemos recetas universales para manejar el comercio, o sea, el comercio va saliendo con nuevas fórmulas, con nuevos negocios, con nuevas alternativas y por eso es que, por ejemplo, la Ley Modelo de Arbitraje de Uncitral nos habla como motivo de recusación sobre dudas justificadas respecto de la independencia e imparcialidad del árbitro y deja abierto el espacio para que se analice, caso por caso, si es que en designaciones reiteradas se suscitan o no esas dudas justificadas y si es que esto genera elementos suficientes como para recusar al árbitro y que la recusación se declare fundada.

Yo lo puedo recusar, pero de ahí a que se declare fundada, tenemos que ir un poquito más allá. En ese sentido es interesante, por ejemplo, citar desde la experiencia institucional de la práctica arbitral, unos casos Icsid, donde se ha analizado el tema y menciono Icsid y señalo que esto hay que mirarlo con cuidado, porque Icsid tiene sus reglas particulares para resolver las recusaciones, las recusaciones las resuelve el propio tribunal.

Pero, lo interesante en estas resoluciones, es que el propio tribunal analiza las recusaciones planteadas contra árbitros designados reiteradamente en los casos *Tidewater*, *Universal Compression* y *Opic Karimun* contra la República de Venezuela, donde, efectivamente, se trata de un mismo árbitro designado en todos estos casos, hay recusaciones y los tribunales, al momento de resolver, se refieren a una regla de Icsid, que dice que solamente se podrá declarar fundada la recusación, cuando existe comprobada falta de imparcialidad, de manera manifiesta.

En todos estos casos se analizan, por ejemplo, cosas como la relación de dependencia entre el que designa y el árbitro y, por ejemplo, en uno de los casos se trata de un eminente jurista y el tribunal hace un análisis detallado y dice «bueno, está comprobado que este señor que es un *superstar* del mundo arbitral internacional, obviamente, no tiene ninguna necesidad de ser árbitro en estos casos donde lo han designado reiteradamente y, por consiguiente, no hay manera de comprobar que existe este requisito de lo manifiesto», y así sucesivamente.

Es interesante porque, a efectos de poder analizar en profundidad qué cosa es lo que está mal y qué cosa es lo que está bien en el ámbito de la reiteración, es conveniente ver lo que se ha venido resolviendo y, la verdad es que las recetas o los análisis están más en el ámbito del arbitraje internacional comercial y en el ámbito del arbitraje en inversiones.

Ahora, yo había comenzado mencionándoles el rol de las instituciones arbitrales y es que cuando hay una institución arbitral que tiene a su cargo la organización y administración de un arbitraje, en realidad, esto significa que no solamente estamos aplicando el reglamento de la institución, que, probablemente, va a seguir los estándares universalmente aceptados sobre la materia, sino que además las instituciones en el esquema de designación de árbitros y de instalación de los tribunales arbitrales, pasan por una serie de etapas y cuentan con diversos mecanismos de control.

El caso de CCI, por ejemplo, es interesante porque la secretaría general de la CCI, como sabemos, tiene la facultad de ratificar a los árbitros. Habría que mirar, desde el punto de vista estadístico, en qué medida se toman ahí factores como la designación reiterada, pero yo sí quisiera destacar que, en realidad, existen suficientes argumentos a favor de la designación reiterada, como también pueden existir argumentos en contra, y la única manera de determinar si realmente puede existir, como dice el tratado Ciadi, una manifiesta situación de falta de independencia e imparcialidad o, como dice nuestra Ley de Arbitraje y muchos de nuestros reglamentos, una situación de dudas justificadas

respecto a independencia o imparcialidad, la única manera, reitero, de saberlo, es en el análisis caso por caso.

Como les planteaba al comienzo, yo puedo tener contratos vinculados. En este momento, por ejemplo, tengo un arbitraje muy curioso donde las partes nos han designado a un colega y a mí, y nosotros hemos designado al presidente, y ya vamos como en la sexta designación respecto de un mismo contrato y el demandante inicia un arbitraje para cada pretensión y ahí ¿en qué escenario estamos?, ¿estamos en un escenario de designaciones múltiples?, ¿se dan cuenta?

Claro, no quiero relativizar, porque también puede haber situaciones en las cuales yo designo reiteradamente a mi abogado para que sea mi árbitro. Bueno, en esos escenarios es perfectamente posible recurrir al mecanismo de recusación.

Entonces, creo que es importante abrir el debate, tomar en cuenta la importancia de la casuística y la manera cómo esto se está trabajando ya en los foros más avanzados en materia de práctica arbitral, por un lado; y, por otro lado, quiero hacer un llamado de alerta para tener en consideración y tener también mucho cuidado con incurrir en una excesiva reglamentarización, si cabe el término, porque eso genera que al final, de pronto nos quedemos sin árbitros y me viene a la cabeza lo que pasa con la lista de árbitros del OSCE, que hoy en día tiene más requisitos que los requisitos que puede exigir la NASA a sus científicos para mandar cohetes a la Luna.

Y no sólo el OSCE. Por ejemplo, ahora estoy dictando un diplomado en una famosa universidad y, como vivimos en la cultura de la desconfianza, me mandaron un formulario por correo electrónico que me hizo dudar de mi propia existencia, porque te pedían que detalles, cuándo habías salido del colegio; yo no me acuerdo cuándo salí del colegio, además ustedes creen que tengo tiempo para estar revisando mis papeles y ver cuando salí del colegio; cinco páginas de formulario.

Entonces, ¿qué nos pasa? Nos estamos volviendo todos locos. Al final, en realidad, nos conocemos los que estamos en el medio y sabemos quiénes somos, ¿por qué no fomentamos un poco más la confianza? Y, por cierto, usemos el reglamentarismo, pero usémoslo en forma adecuada, tengamos cuidado de a quién le pedimos que rellene formularios.

Ocurrió hace un tiempo con un famoso abogado, muy experimentado en temas de, contratación pública, que presentó sus documentos al OSCE, justamente, y salieron diciéndole que no lo aceptaban porque no cumplía el requisito formal de «no sé qué», y el señor planteó una acción de amparo legítimamente y se la ganó. Entonces, ¿qué cosa nos pasa?

Todas estas cosas hay que mirarlas con mucho cuidado. Ojo, no estoy diciendo que no hay que reglamentar, claro que hay que reglamentar, pero no nos olvidemos de que los centros tienen un rol de liderazgo y las partes tienen un rol de liderazgo, y deben tener mucho cuidado con quiénes designan.

Muchas gracias.

Intervención de Rigoberto Zúñiga Maraví

Bien, agradecemos al doctor Kundmüller por su clarísima exposición. La verdad, creo que nos ha ayudado mucho a comprender justo lo que yo les decía acerca de la complejidad de esta figura y, ya en el cierre del panel, vamos a comentar algunas cuestiones adicionales sobre las exposiciones de cada uno de los panelistas.

A continuación, cedo el uso de la palabra a la doctora Claudia Paccieri, quien viene desde Bolivia. Ella es directora del Centro de Arbitraje de Cainco y va a contarnos la experiencia de este centro de arbitraje tan famoso en Bolivia y cómo ellos contemplan este fenómeno y qué

soluciones institucionales o reglamentarias han puesto en práctica para regular la designación reiterada de árbitros.

Intervención de Claudia Paccieri Rojas

*Claudia Paccieri Rojas**

Muchísimas gracias, Rigoberto. Es un placer estar aquí, agradezco muchísimo al Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Universidad Católica y, bueno, este tema que es interesante, también lo estamos estudiando nosotros.

Simplemente, para contextualizar las cuestiones que les voy a decir, algunos apuntes normativos del Reglamento de Cainco, que es la Cámara de Comercio de Santa Cruz, Bolivia. Cuando los árbitros se incorporan a la nómina, lo hacen siguiendo todo un proceso que es evaluado objetivamente por el Consejo Técnico, que hace las veces de la corte que ustedes tienen o como muchos de los centros la llaman.

Cuando digo «objetivamente», me refiero a calificar, dar un puntaje objetivo al currículum del postulante y hay una puntuación subjetiva que está liderada por el Consejo Técnico, que no es más de veinte puntos, y ésta es la puntuación que se da en base a la trayectoria o lo relevante de esa postulación.

Una vez que los árbitros se incorporan a la nómina, ellos deben permanecer en la nómina, y para permanecer tienen que cumplir con nuestras normas. Básicamente, tienen que estar en unos cursos que nosotros damos anualmente y, al inicio de cada año, deben suscribir un formulario de declaración jurada de que no tienen ninguna clase de

* Abogada por la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, docente en la misma casa de estudios, conciliadora y directora ejecutiva del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de Cainco en Santa Cruz, Bolivia.

impedimentos, de manera general, es decir, alguna clase de impedimentos normativos, algún estatus legal que impida que ellos puedan ser árbitros.

Cuando las partes los designan, obviamente, esto se pone a conocimiento de la parte contraria, quien tiene la opción de recusarlo. En el caso de Bolivia y, de acuerdo a nuestro reglamento, las recusaciones solamente son, de acuerdo a lo que establece el Código de Procedimientos Civil, que es lo mismo, básicamente, en todos los países de tradición romana. La novedad en el caso boliviano, es que este código se ha reformado hace un par de años y estas causales de recusación, ahora abarcan también a los abogados.

Entonces, nosotros cuando le comunicamos al árbitro que ha sido designado, no sólo le tenemos que decir quiénes son las partes o los representantes legales, para ver si está comprendido dentro de esas causales de recusación; sino que también le tenemos que indicar quiénes son los abogados, en el entendido de que puedan tener alguna amistad o cualquiera de las otras causales.

Ahora, los árbitros van a ser designados, usualmente, de acuerdo a nuestro reglamento, dos por cada parte, pero hay un tercero que va a ser designado por los coárbitros y aquí es donde comenzamos a introducir las estadísticas. La mayor reiteración en el nombramiento de árbitros en el caso del centro de Cainco, en este último año, en la gestión 2006, el 15.7% viene dada por los coárbitros, y eso yo, más bien, lo tomo como un punto positivo, ¿por qué? Porque, finalmente, los árbitros hacen equipo de trabajo.

Una variación que la hemos visto ayer con bastante detenimiento, en el caso de Cainco, es que los árbitros se tienen que encargar de todo lo que es la carga procesal; ellos son los que despachan, los que hacen los autos, los laudos, absolutamente todo; y la secretaría cumple simplemente una función auxiliar del expediente. Entonces, si el árbitro tiene

un papel tan protagónico, lógicamente, va a requerir tener coárbitros que también estén en sintonía con esa labor ardua que van a tener que desarrollar. Entonces, nosotros vemos positivo el hecho de tener identificados a estos árbitros que son reiterativamente designados por sus coárbitros.

Solamente desde el año 2013, tenemos 1% de casos donde un mismo árbitro ha sido designado por un mismo equipo de abogados y es por un tema de seguros, donde aquí podría levantarse algún tipo de sospecha, pero cuando vemos cuál es el tema de seguros que se ha tratado, no se han tratado los mismos supuestos jurídicos, es decir, «¡ah!, designaron este árbitro porque saben cómo este árbitro piensa», son diferentes supuestos y además está espaciado con más de un año entre las designaciones.

Entonces, más bien en el caso nuestro, bueno, siempre la buena fe se presume y la mala fe es la que se tiene que demostrar. Entonces, ni siquiera nosotros, haciendo toda una correlación de nuestras propias estadísticas, podríamos llegar a decir que existe una correlación entre esas designaciones que nos lleve a pensar que ha habido algún acto de mala fe o algún tipo de colusión entre el abogado y el árbitro.

¿Qué pasa si hay una designación reiterativa? En realidad, si existe alguna designación reiterativa, la vamos a saber nosotros como Centro de Conciliación y Arbitraje; pero nosotros, de acuerdo al reglamento, no intervenimos, porque no hay una suerte de ratificación, como bien sería en el caso de otros centros que no tienen nóminas. En el caso de Cainco, tenemos una sola nómina, no tenemos nóminas A y nóminas B, y el hecho de que haya árbitros que se muevan más, en eso más bien, en mi criterio, operan cuestiones de mercado, entonces, finalmente, es un servicio y el grado de involucramiento que las partes perciben de parte del árbitro, la celeridad, eso es percibido y si bien es percibido por el centro, por la institución, también comienzan a darse cuenta de cuáles son aquellos árbitros que son mucho más comprometidos con

el proceso. Entonces, no vemos como sospecha, de manera negativa, el hecho de que haya una reiteración en la designación de árbitros.

Nuestras estadísticas, por lo menos, nos demuestran eso. Una vez que el árbitro es designado, él debe presentar una carta de aceptación y declaración de no vinculación. En el caso de que tengan alguna situación dudosa, el árbitro hace un *disclosure* en esa carta de aceptación y, obviamente, que el perfeccionamiento de la aceptación está supeditado a lo que diga la otra parte.

Hablando de recusación, que es la otra estadística importante para ver cómo vamos, en este año vamos un 8.6% de recusaciones; en el año 2015 tuvimos 14%; en el 2014, 4,7% de recusaciones; y, en el 2013, 6% de recusaciones. En todas estas gestiones, del total de las recusaciones planteadas, ninguna fue aceptada.

¿Cómo operan las recusaciones? La recusación se presenta, si ya está conformado el tribunal, ante el mismo tribunal; y, si el tribunal no está conformado, se presenta ante el árbitro cuya aceptación esté perfeccionada, y esto se va a deliberar con el presidente del Consejo Técnico. Además, las recusaciones tienen que ser respaldadas; entonces, las sospechas tendrían que venir muy bien documentadas para que una recusación sea aceptada. Lo que sí hemos tenido y es una práctica que algunas veces nos ha parecido un poco perniciosa, es que ni bien alguna de las partes establece algún tipo de recusación, los árbitros adquirieron una cultura de «me voy», en el entendido de que el arbitraje debe ser de total confianza y la sola sospecha o cuestionamiento hace que el árbitro se haga a un lado.

Entonces, si bien las recusaciones han sido al 100% rechazadas, hay un porcentaje que no llega al 50%, en el que los árbitros renuncian o declinan, en el entendido de que «bueno, usted no está confiando en mí y ésta es una relación de confianza». Yo les digo que ha sido, hasta cierto punto, pernicioso, porque nosotros tenemos un afán muy fuerte

de institucionalización, donde los árbitros tienen que ser duros, duros en el sentido positivo de liderazgo, porque si no, vamos a caer en lo mismo que, por lo menos, estamos viviendo en Bolivia, un deterioro de la justicia, donde los jueces son recusados y se excusan.

Entonces, señores árbitros, sean duros y hemos estado paulatinamente cambiando ese comportamiento y lo bueno es que también las partes saben que si van a recusar, tienen que hacerlo, por lo menos, en el caso de nuestra institución, de una manera objetiva para evitar estas cuestiones, que lo que hacen es solamente dilatar innecesariamente.

Tribunales repetidos y con esto culminaría mi intervención. Tribunales repetidos en el 2016 hemos tenido 5%. Cuando me refiero a tribunales repetidos, quiero decir los mismos árbitros y esto opera en relación a lo primero que les había comentado, a los equipos de trabajo que se van formando de una manera muy natural, porque, finalmente, son las partes quienes designan a los árbitros y los árbitros, muchas veces, se conocen trabajando, pero de manera muy natural integran equipos de trabajo.

Sin embargo, hasta el momento, la verdad es que este punto no lo hemos tenido como un problema en Bolivia, por lo menos en Cainco, que entiendo que es el centro que más arbitrajes tiene en Bolivia, arbitrajes institucionales, y creo que nos ha ayudado mucho esa reforma de la ley procesal, donde también tenemos la obligación de informar quiénes son los abogados; entonces, de esa manera también se minimiza cualquier tipo de susceptibilidades que tengan las partes, incluso, en función a los abogados.

Bueno, de esta manera concluiría mi intervención. Más adelante seguimos.

Gracias.

Intervención de Rigoberto Zúñiga Maraví

Muchas gracias, doctora.

Para continuar con la dinámica del panel, dejo en el uso de la palabra al doctor Mario Castillo Freyre, quien, entre otras cosas, va a detallarnos la relación entre recusación y designación reiterativa y, además, qué alcance o qué matiz puede implicar el adecuado cumplimiento del deber de revelación frente a la designación reiterativa de un árbitro.

Doctor Castillo, por favor.

Intervención de Mario Castillo Freyre

*Mario Castillo Freyre**

Bien, muchas gracias por la presentación de Rigoberto. Mi saludo a Claudia y Franz que también integran este panel conmigo.

A ver, miren, generalmente, en mis clases de Obligaciones, cuando veo las obligaciones divisibles e indivisibles, mancomunadas y solidarias, recuerdo a un famoso jurista, precursor del derecho francés, que era Charles Dumoulin; y Charles Dumoulin, que escribió ese famoso libro *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, «Desenredo del laberinto de lo diviso y lo indiviso», relativo a las obligaciones divisibles e indivisibles, decía en epígrafe del libro «No hay en el inmenso océano del derecho aguas más turbulentas y profundas que aquéllas de lo diviso e indiviso».

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y socio fundador del Estudio que lleva su nombre. Es árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, del OSCE, del Colegio de Abogados de Lima, del Colegio de Ingenieros del Perú, del Centro de Arbitraje de la PUCP y de Amcham, así como en procesos arbitrales *ad-hoc*.

Bueno, algo similar, yo no pensé que era tanto, pero cuando empecé a trabajar el tema de esta breve exposición, algo similar podría decirse del tema que nos ocupa, es decir, el reiterado nombramiento de árbitros en procesos arbitrales. Yo pensé que tenía las ideas más claras sobre el asunto y que las ideas podían ir más o menos el algún sentido, pero terminando de estudiarlo para esta exposición —da para un artículo y tal vez para un libro—, pero para esta exposición, sin duda, hay más interrogantes que afirmaciones.

Primero que todo, hay que partir de la idea de que el medio arbitral peruano, como en cierta forma dijo Rigoberto, presenta una distorsión muy grande, en cuanto a cualquier regla o comparación con reglas de otros países o de otros reglamentos. Yo no lo sé, ése es un dato que no tenemos, pero es fácil intuir que el número de arbitrajes per cápita en el Perú, es mucho mayor que el número de arbitrajes per cápita en la mayoría de países del mundo, por dos razones fundamentales. Una, el arbitraje en contratación pública de carácter obligatorio y, dos, la absoluta crisis y desprestigio del Poder Judicial, que lleva desde hace muchos años a que las empresas privadas pacten convenios arbitrales.

Esos dos elementos hacen que haya en el Perú muchos más arbitrajes que en cualquier lugar del mundo y eso determina que las reglas conservadoras, en torno a temas relativos al reiterado nombramiento, en muchos casos, se diluyan en lo que respecta al medio arbitral peruano.

Además, hay que tener en consideración algo, el número de árbitros en el Perú, si bien es mucho más grande que en años anteriores, tampoco es tan grande como para que digamos «bueno acá nadie se va a cruzar en un tribunal» o «qué raro que lo nombren dos veces por parte de una misma entidad o empresa», es decir, no hay infinidad de árbitros. Tampoco estoy diciendo que eso justifique cualquier cosa, no, pero digo, el medio arbitral sigue siendo reducido en comparación con el medio jurídico y el medio abogadil nacional.

Hay muchos factores aquí que concurren para hacer esto un tema medio caótico y de resultado incierto; los voy a mencionar con algunas apreciaciones al respecto.

En primer lugar, en torno a quién designa el árbitro, porque generalmente cuando hablamos de designación, pensamos en la designación reiterada por una parte, pero como en cierta forma ha sido dicho, la designación puede ser por la parte, puede ser indirectamente por los abogados de la parte, que claro para este caso de esa parte, solamente te han designado una vez, pero para otros casos te han designado veinte veces, entonces, eso también, obviamente, se tiene que declarar; todo se tiene que declarar. Pero digo, también ahí habría de manera indirecta un reiterado nombramiento, por los árbitros, en la medida en que te elijan presidente y por los centros de arbitraje, en la medida en que te designen de manera supletoria.

Si bien las designaciones son aleatorias de acuerdo a ley y por práctica de los centros de arbitraje más importantes, eso no significa que un mismo centro de arbitraje no te designe algunas veces de repente en un año para varios procesos arbitrales distintos.

Luego, también, el número de casos en que es designado en torno al volumen de procesos de quien te nombra. Si una entidad tiene mil procesos y tú has sido designado en quince procesos en giro, eres 15 sobre 1,000; distinto a que esa persona jurídica tenga quince procesos en giro y haya sido designado en los quince, con lo cual tienes el 100% de procesos de esa empresa o entidad. Entonces, has sido designado quince veces, pero ¿cuántos tiene?, tiene 1,500. ¿Me explico?, o tiene 500, «sí, yo tengo quince», pero tiene 500 y eso está dividido en cincuenta personas, «yo soy uno de cincuenta». Es distinto a que yo sea la única persona designada por esa empresa, que tiene quince procesos en giro y, en todos, por coincidencia, yo soy el árbitro.

Luego, también es importante verificar cuál es el espacio temporal en las designaciones. Es distinto ser designado veinte veces en cinco años, que veinte veces en cinco meses; no es igual, ahí hay una diferencia.

Luego, lo que dijo ayer también Fabiola Paulet, si hay varias designaciones con respecto a un mismo contrato en relación a un árbitro, sí pues, son problemas derivados de un mismo contrato, la parte lo que está tratando de hacer es que sus problemas relativos a ese contrato, sean conocidos con el mismo criterio; entonces, designo al mismo árbitro en los cinco casos que se derivan del mismo contrato; debería tomarse como una sola designación, es racional lo que se está haciendo ahí. No digo que no se pueda hacer y que no se haga, pero a mi juicio, tiene más lógica que se designe a la misma persona para todos los casos relativos al mismo contrato, a que se designe a cinco personas distintas para los cinco casos que se derivan del mismo contrato.

Luego, otro punto importante es el relativo al número de procesos que tiene ese árbitro, ya no quién te nombra, sino ese árbitro. Es distinto que si solamente tienes diez procesos, no tienes más arbitrajes y en los diez procesos te ha designado una sola parte, claro, y en relación a distintos contratos, o sea, el 100% de tus designaciones corresponden a una sola parte. Esto es distinto a que si tienes veinte o treinta procesos, en diez de ellos hayas sido designado por una parte, o sea, en la tercera parte de los procesos que llevas, has sido designado por una parte; entonces, definitivamente, eso tiene relevancia.

Por ejemplo, otro tema importante es el relativo al sentido de los laudos; aquí rige mucho el tema de la transparencia y de la publicación de los laudos. En el II Congreso de Arbitraje de nuestra universidad, yo planteé y es un criterio al cual luego se han ido adhiriendo otras personas, yo planteé que debería invertirse la regla y que la regla debería ser la publicidad de los laudos, públicos y privados, obviamente, los laudos de contratación pública deberían ser de conocimiento público, de acuerdo a ley; pero me refiero a los laudos en general.

Quien quiere que su laudo sea reservado, que lo pacte; pero, como regla, que sea el laudo público. Incluso, muchos centros de arbitraje ya autorizan por anticipado a que sus casos sean objeto de sustentación en la universidad, como casos para optar por el título de abogado; ya eso es darle carácter público en cierta medida, no total, pero en cierta medida.

Bueno, ¿por qué no invertir la regla?, todos los litigantes y las partes sabrían de antemano, porque estarían todos colgados en Internet, estarían colgados los distintos laudos emitidos por ese árbitro en todos los órdenes, de contratación pública, comercial, etc.. Entonces, así se sabría cuál es el comportamiento de ese árbitro en el mercado arbitral, si es una persona seria, cumplida, si es un crápula, lo sabrías, porque estaría publicado su trabajo en Internet. Eso sería fabuloso.

Ahí se podría confirmar, por ejemplo, si hablamos de reiterados nombramientos, «oye, ¿este árbitro siempre le ha dado la razón a la parte que lo nombró?», «sí, pero hay un elemento particular, siempre que le ha dado la razón en esos ocho casos, el laudo fue por unanimidad, o sea, también votó a favor de la parte que lo nombró, el árbitro de la otra parte y el presidente». Ojo, eso atenúa mucho las cosas para cualquier duda o, de repente, hay voto partido y resulta que ese árbitro es un árbitro militante de la parte que lo nombra y aunque gane o pierda, él siempre hace el «2-1» o el «1-2», o sea, es el fiel, es el típico «mi árbitro», no tiene pierde, «ése es mi árbitro».

Entonces, eso es importante.

Luego, otro punto importante también es el de la vinculación de las empresas, porque, claro, podemos hablar de una vinculación accionaria de las empresas. Claro, no te nombró la misma empresa, pero es una empresa vinculada o del mismo grupo económico de otra que te ha nombrado en otros procesos; o, de lo contrario, y acá no hay que sacar la vuelta en las declaraciones de nombramiento, te nombra el consorcio tal, «¡ah!, me nombró el consorcio, pero el consorcio nunca me

ha nombrado»; «sí, pues, el consorcio nunca te ha nombrado, pero el consorcio está formado por tres empresas y las tres te han nombrado en ochenta procesos a lo largo de tu vida, entonces, no me vas a decir que el consorcio no te ha nombrado. Claro, el consorcio no te ha nombrado, pero el consorcio está formado por tres empresas, entonces tienes que decir la empresa 1, la empresa 2 y la empresa 3, en detalle, en blanco y negro y a colores, cómo y cuándo te han nombrado, para saber si hay reiterado nombramiento», porque ahí también tiene que ver el asunto, no me puedo escudar en el tema de que es un consorcio. Evidentemente, también con las dependencias de una misma entidad, si se tratara de una entidad pública.

Ahora, también el tema puede tener relevancia en el caso de que no soy yo nombrado reiteradamente, pero se ha nombrado a mi socio en el Estudio, entonces, mi socio sí tiene un nombramiento reiterado de diez veces por esta empresa y a mí me han nombrado una. Entonces, ¿sólo tengo que declarar lo mío o debería declarar lo de mi socio? Ése es un problema porque no necesariamente todas las asociaciones y sociedades de abogados son iguales y hay algunas en las cuales existe el deber interno de comunicarse todos los datos con respecto a estas materias; y otras en que la sociedad o la asociación profesional se limita a determinados rubros, en donde los deberes de declaración internos chocan con el deber de confidencialidad.

O sea, no necesariamente todo aquél que trabaje bajo un mismo techo, tiene que comunicarle y contarle todas sus cosas, que no son del estudio y que no son ingresos comunes, a los demás. Ése es todo un tema también, todo un tema y hartito discutible.

Luego, también está el tema relativo a la presencia del árbitro en el medio arbitral, es decir, «usted tiene cinco arbitrajes de esta misma empresa», «sí, claro, y usted tiene cinco arbitrajes y es mucho», claro, pueden ser muchos, de repente ese árbitro ha empezado a arbitrar el 2016 y ha sido nombrado por la misma empresa en cinco arbitrajes de cinco

casos distintos y cinco contratos distintos. Claro, puede sonar mucho, es el 100% de los casos que tiene. Claro, pero si es una persona que está en el medio arbitral, hace muchos más años, es decir, ese reiterado nombramiento dentro de una historia de varios cientos de procesos terminados y de igual número de laudos emitidos, se diluye absolutamente, es decir, pueden no ser cinco, pueden ser veinte y esos veinte a lo largo de los años, también se diluyen.

Otro tema importantísimo acá es el relativo al deber de revelación, es decir, algunos reglamentos y algunas normas legales a veces distinguen entre los alcances temporales de aquello que se tiene que declarar, eso choca con lo que estamos hablando, porque claro, si yo sólo tengo que declarar lo de los últimos cinco años, ¿qué pasa si en los últimos cinco no me nombró esa empresa nunca, sino ésta es la primera vez, pero en los trece anteriores, me nombró veinte veces?, ¿yo podría excusarme diciendo que es mi primer arbitraje y que, por lo tanto, yo no estoy obligado a declarar nada más porque el reglamento dice que no?, ¿sólo debo declarar lo de los últimos cinco años? Evidentemente que no.

Éste es uno de los puntos en los cuales se presenta un tema que yo siempre considero vital en estos asuntos de arbitraje, no debe haber límite temporal para la declaración. Las hojas de declaración pueden ser un folleto, prefiero que sean un folleto y que las partes se entretengan o se aburran con tu folleto, a que sea algo más reducido, relativo a los últimos cinco años y que, evidentemente, si te quieres ceñir a lo establecido en relación a los cinco años, no declararás nada de lo anterior y en lo anterior pueden existir vinculaciones comerciales, de negocios, profesionales, o de nombramientos, o de cualquier otra naturaleza que sean muy relevantes para las partes en litigio y que ante su desconocimiento, apegándote a una formalidad reglamentaria, no puedan conocer, obviamente, y tampoco puedan recusarte.

Ése es un tema importante. Yo creo que no debería haber límite, la vida es tan corta que ¿para qué hacerla más corta en estos temas?, dura-

mos poco, lamentablemente; pero, el deber de declaración y la memoria de los árbitros debería ser mayor.

Ahora, claro, para efectos de la recusación, lo que se dice es relativo a las dudas en torno a la independencia o imparcialidad. En realidad, el reiterado nombramiento no calza estrictamente en ninguno de los dos casos, pero lo que ocurre es que ese reiterado nombramiento, definitivamente, puede generar esa duda con respecto tanto a la independencia como a la imparcialidad, porque es algo subjetivo, o sea, ¿cuál es la duda?, la duda es que no sabes, ojo, la ley no te dice «la seguridad de que se ha perdido la imparcialidad o la independencia ante el reiterado nombramiento», eso es una cosa que te la podría haber dicho la ley, acá estás hablando de duda, porque no podría ser de otra manera.

Entonces, ¿la duda qué implica? Que, en realidad, no sé si es imparcial e independiente, no te digo que no eres, te digo que no sé y eso que es netamente subjetivo tiene que ser resuelto con los parámetros más objetivos posibles por el órgano que resuelva la recusación, ¿por qué? Porque si algo deben tener los centros de arbitraje, públicos y privados, es precisamente líneas en materia de recusación, es decir, criterios jurisprudenciales de los propios centros de arbitraje.

Los centros de arbitraje pecan por defecto en el Perú y, en general, en el mundo, en la mayoría de casos, porque no publican esos criterios. Sin nombres, no tengo por qué publicar los nombres, yo ya he resuelto en el centro de arbitraje, digamos, diez casos de recusación, entonces yo publico cuáles son los criterios del centro, ¿para qué?, para que la gente se ahorre malos ratos, para que el árbitro, si calza ahí, en esos supuestos o en esos criterios jurisprudenciales del centro de arbitraje, no acepte, porque si acepta lo van a recusar. Entonces, la cosa en paz, no te nombran, por lo tanto, no aceptas, por lo tanto, no te recusan.

Pero, muchas veces en estos casos y a mí me ha pasado también en un supuesto que tuve que ver hace años, que motivó que escribiera un

artículo que ya tiene varios años, que se llama «El amor en el arbitraje», que no es objeto de esta exposición, pero digamos, un tema de relación sentimental, no conmigo, sino de una persona que trabaja en mi Estudio con otro señor, yo no tengo nada que ver, el problema es de ellos, no mío; pero al final, el recusado fui yo, claro, sí, sí es mi problema también, el recusado fui yo, no soy el enamorado, pero sí el recusado.

Pero, bueno, yo no sabía, yo acepté y seguramente el centro de arbitraje tampoco sabía, porque era la primera vez que se le presentaba una situación así y resolvió. Bueno, yo digo «señor, ¿por qué no establece ese criterio para efectos de recusaciones ulteriores? La gente que esté en ese supuesto, que no acepte, pues, y no los van a recusar».

Eso también tiene que ver con la transparencia, muchos exigen materia de transparencia por los centros de arbitraje, bueno, cuánto publicitan estos criterios como de cumplimiento, líneas de cumplimiento y transparencia obligatorias por parte de los árbitros, si sus propias resoluciones no se publican en estas materias, son secretos de Estado.

Bueno, eso ayudaría mucho a que todo lo que estamos hablando y muchas cosas más, se solucionen de manera más pacífica.

Muchísimas gracias, señores.

Intervención de Rigoberto Zúñiga Maraví

Bien, para entrar en la etapa final de nuestro panel, simplemente, comentarles que el doctor Kundmüller tuvo que retirarse, porque como lo comentó al inicio de su exposición, él tiene un compromiso académico de mucho tiempo atrás con una universidad que no es ésta; tenía clases a las 7, simplemente para ponerlos en autos de la ausencia del doctor Kundmüller y, como sabemos, el tráfico de Lima a veces nos hace llevarnos sorpresas desagradables, así que por eso se tuvo que retirar con antelación.

Creo yo que de las exposiciones de los panelistas se pueden rescatar algunas cuestiones que me parecen interesantes de comentar. Vamos a comentar cada uno de nosotros por tres minutos sobre las cuestiones que todos hemos expuesto, pero yo quisiera resaltar, en primer lugar, aquello con lo que concluyó su exposición el doctor Castillo, que también nos ha servido mucho para entender la complejidad y las aristas tan diversas que presenta el fenómeno de la designación reiterativa, y es lo concerniente, primero, a los criterios que deben establecer los centros.

Creo yo que en la práctica institucional en el arbitraje, como ya ustedes lo conocen, desde siempre hemos apostado porque el arbitraje en contratación pública debería tender a ser institucional, pero esto también, justamente, tiene que ver con la misión que pueden tener los centros para clarificar cuestiones de independencia e imparcialidad de los árbitros que atañen también a la designación reiterativa. El trabajo de análisis que las cortes de arbitraje hacen o deben hacer sobre la designación reiterada de árbitro que, como hemos visto, no tiene una fórmula aritmética que siempre nos va a decir que $2+2$ es 4 ; cada caso de designación reiterativa es un mundo aparte.

Entonces, existe una gran tarea en manos de las cortes de arbitraje de los centros de arbitraje de nuestro país, para clarificarnos en sus pronunciamientos sobre estos casos diversos, qué casos sí constituyen infracciones al deber de independencia e imparcialidad y qué casos no las constituyen, habida cuenta de que, como hemos visto, hay una serie de factores que condicionan que en algunos casos la designación reiterada, deban ser materia de una recusación fundada, y otros casos en los que el contexto de la designación hace que la recusación no necesariamente deba ser declarada fundada.

Por otro lado, está lo concerniente al límite temporal que es un comentario muy interesante del doctor Mario Castillo. En efecto, la Ley de Contrataciones y su Reglamento tienen una veta temporal de ejercicio del deber de revelación y está enmarcado en el lapso de los

cinco años, desde tu designación hacia atrás; pero, ¿cuán bueno es eso para tutelar realmente la independencia e imparcialidad del árbitro, cuán bueno es eso para poder capturar en su verdadera dimensión el fenómeno de designación reiterativa?

Quizás la norma no sea muy afortunada en estos extremos, porque alguien podría decir «claro, si el árbitro va a tener que revelar todo, esto es muy pesado, esto no es eficiente», pero yo comparto la opinión del doctor Mario Castillo, en el sentido de que es mejor en estos casos pecar por exceso, que por defecto, es mejor que sobre información a que falte información.

También, en el mismo sentido, en lo que es el rol de las cortes de arbitraje, esto me lleva a hacer quizás una pequeña reflexión en torno a que lo que ya se conversó en el panel del día de ayer sobre el rol de la secretaría arbitral, de los centros de arbitraje, el aporte del arbitraje institucional en la gestión de las actuaciones arbitrales, que tal vez un buen mecanismo para poder combatir los casos nocivos al deber de independencia e imparcialidad cuando estamos frente a supuestos de designación reiterada, sea, por ejemplo, la capacidad de confirmación de árbitros por parte de los centros. Es una reflexión en voz alta que quizás la herramienta de confirmación de árbitros le brinde al arbitraje institucional, alguna herramienta más para poder velar por la independencia e imparcialidad de los árbitros y prevenir o tratar de remediar designaciones reiteradas, sin perjuicio de la recusación que puedan generar las partes respecto a los árbitros que son designados reiteradamente.

Pero, cuando hablo de la posibilidad de confirmación de árbitros, me refiero a casos que quizá muchos hemos visto con extrañeza, pero que, lamentablemente, se presentan, y son casos de designación reiterativa por partida doble, por así decirlo. Viene, por ejemplo, el contratista y designa a un árbitro siete veces seguidas en contratos que no tienen nada que ver, y viene la entidad con su árbitro, al cual había designado quince veces antes en igual cantidad de procesos; nadie recusa a nadie

porque los dos tienen rabo de paja, obviamente. ¿Qué hace el centro en ese caso?, ¿tiene que ser un testigo con las manos atadas y contemplar cómo estos árbitros con dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad realizan función arbitral en su sede; o quizás, a través de la confirmación de árbitros, podríamos hacer algo más? Porque creo que los centros de arbitraje tienen, además, una misión para el arbitraje, en general, para la salud del sistema.

Y ya para cerrar, también la responsabilidad de las partes, con la cual terminó su intervención el doctor Franz Kundmüller. Me parece que es muy importante lo que él señaló, en el sentido de que, finalmente, quienes causan o no problemas de designación reiterativa, son las partes; entonces, las partes también deberían ser conscientes de que no es saludable ni para el sistema, ni para ellas mismas, generar estas prácticas que, como hemos visto y como también nos explicaba la doctora Paccieri, muchas veces pueden no ser malas, pero también generan algunas distorsiones para los deberes de independencia e imparcialidad.

Entonces, las partes deberían ser más racionales y entender que por privilegiar su interés en un caso concreto, pueden estar dañando el sistema, y por tener actitudes cuestionables, hacen que esto sea algo común y silvestre en nuestro arbitraje nacional. Claro, en ese caso no son ellas las que se ven afectadas, pero quizás como todo da vueltas y como todos nos acostumbramos a veces a hacer cosas que sabemos que están mal, pero como no hay una regulación clara sobre esto, se siguen haciendo, mientras que las partes sigan esta ruleta, muchas veces intentarán beneficiarse con esa figura y, otras veces, serán las perjudicadas, porque será su contraparte quien caiga en la designación reiterada.

Entonces, me parece que es un poco también parte de que todos los actores del arbitraje intentemos entender la problemática de esta figura y, sobre todo, las partes de cada arbitraje entiendan que este tipo de actos no son necesariamente buenos en todos los casos.

Intervención de Claudia Paccieri Rojas

Simplemente, una precisión. Creo que es indudable que el problema de la reiterada designación de árbitros también surge, como bien señalaba el doctor Castillo, con el número. Es indudable que a mayor volumen, esto sí puede convertirse en un problema.

Bueno, yo pensaba que en la realidad que enfrento todos los días en Cainco, este supuesto de qué manera debería ser enfrentado. Entonces, básicamente, veo dos caminos, si es que se da un tema de colusión, que sí es un tema muy complicado por la relevancia ética y procesal y, en ese caso, ante una designación de esa manera, de acuerdo a los reglamentos que tenemos en Cainco, si no existiese ninguna recusación, nosotros podríamos hacer algún tipo de estudio *ex post* donde levantemos de nuevo estadísticas y ver si existe algún tipo de correlación que vincule a los árbitros con las partes y, de esa manera, yo coincido en que se tiene que corregir y de alguna manera castigar a los árbitros que no tienen comportamientos adecuados.

Otro punto que creo que no lo vemos, pero que sí también veo que tiene relevancia, es cuando designan a un árbitro porque saben de antemano cuál es el criterio que tiene ese árbitro y eso sí se puede dar por el tema de la publicidad de laudos, es obligatorio publicar muchos laudos, pero de nuevo ahí, si se tratase de un arbitraje en derecho y, obviamente, partiendo siempre de la buena fe, supongo que hay un marco de maniobra donde, aunque se sepa qué es lo que opina este árbitro, si el arbitraje es totalmente en derecho, tampoco debería existir ningún inconveniente de las partes. Tal vez es una expresión un tanto ingenua, pero creo que los centros sí tenemos que propiciar siempre escenarios donde el derecho sea el que prime.

Intervención de Mario Castillo Freyre

A ver, dos puntos no más; muy breves. Efectivamente, como decía Franz, es decir, el problema del reiterado nombramiento no necesariamente es malo. Lo voy a poner de una manera muy simple, es decir, si designamos reiteradas veces a una persona correcta, el reiterado nombramiento no es malo, porque esa persona va a actuar correctamente; si designamos reiteradas veces a una persona extremadamente corrupta, el nombramiento reiterado va a ser malo, porque van a haber veinte arbitrajes en los cuales esa persona actúe de la manera en la que suele actuar.

Es decir, no necesariamente el tema del reiterado nombramiento en dos situaciones similares podría acarrear una misma consecuencia práctica, es decir, es difícil resolver una recusación en un caso y otro; pero para eso están los otros elementos a los que se ha hecho referencia esta noche, es decir, si echamos mano de su historial en laudos, sus recusaciones, etc., podremos llegar, de repente, a una conclusión distinta ante una recusación con respecto a la persona correcta y en una recusación con respecto a la persona que no lo es.

El segundo y último punto. En torno a la coincidencia de árbitros en un mismo tribunal pasa lo mismo y ¿por qué pasa lo mismo? Por una razón muy sencilla y lo voy a decir de una manera muy gráfica. Cuando uno es nombrado árbitro de parte, uno tiene el deber moral de que cuando escoja al presidente del tribunal arbitral con el otro árbitro, ese presidente tiene que ser una persona correctísima y de primer nivel.

Para mí, cuando designo un presidente de tribunal arbitral, es como si estuviera designando a alguien que va a resolver el único caso que tuviera o, incluso, una persona que para mí podría resolver un caso mío, a quien yo le confiaría hacer justicia para un caso mío, un caso en el que yo estuviera comprometido. Así de importante, por lo menos, creo yo, es la designación del presidente, entonces, la pregunta que cae por su propio peso es ¿ahora que tengo que elegir presidente, mi alternativa

se expande a centenares de personas o se reduce a pocas personas? De repente la alternativa se reduce a pocas personas, no porque no haya otras personas correctas, sino porque son personas que a lo largo de la trayectoria en el ejercicio de la función arbitral, las has visto actuar y ya sabes que son de una sola línea de comportamiento, entonces, si esas personas te dan la garantía de ser presidente del tribunal que tú integras y de confiarle la dirección de ese proceso, entonces, probablemente, en algunos casos, termines designando al mismo presidente.

Entonces, no necesariamente la designación de ese presidente en otros procesos, que comparta con uno en otros procesos, va a determinar que haya situaciones de colusión o corrupción. A lo mejor la hay, los tres son una sarta de malditos, pero a lo mejor no es así. Entonces, volvemos a lo mismo, si quieres recusar, tendrás que recusar con más elementos que sólo ése, porque tendrás que acopiar antecedentes negativos de esos tres árbitros en conjunto y, en el otro caso, seguramente, no los encontrarás.

De tal manera que este tema, como hemos visto —y con esto acabo—, se relativiza notablemente. Como decía al principio de mi exposición, es totalmente enredado y lo que lleva a que la solución de cada caso sea, prácticamente, un mundo distinto al de los demás.

Muchas gracias.

Intervención de Rigoberto Zúñiga Maraví

Muchas gracias por su atención.

10. OCTAVO PANEL: CONSIDERACIONES SOBRE LA MOTIVACIÓN COMO CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDOS

Manuel Villa-García Noriega (moderador)

Mauricio Raffo La Rosa (ponente)

Fernando Cantuarias Salaverry (ponente)

Horacio Andaluz Vegacenteno (ponente)

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Manuel Villa-García Noriega^{*}

Hola, buenas noches. En nombre de todos mis compañeros del panel y el mío propio, le agradecemos al Centro de Arbitraje de la Católica por invitarnos y, en especial, a ti César y felicitaciones por tus diez años de congresos, es todo un esfuerzo y lo sabemos.

Muy bien, ¿motivamos o no motivamos un laudo? Debemos decir que, los laudos deben estar motivados, en principio. Podemos mencionar dos ejemplos, la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional en su artículo 31 establece que el laudo debe ser motivado, o el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que establece también que el laudo debe ser motivado; y nuestra Ley de Arbitraje establece como principio la misma norma.

^{*} Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, árbitro en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje de la PUCP y de Amcham, socio del Estudio Olaechea.

Pero esta noche nos preguntamos y queremos analizar eso, la motivación y cómo incide como causal de anulación de los laudos, ¿qué hacemos con esto?

Quisiera antes que nada recordar lo que dice la ley, artículo 62 de la Ley de Arbitraje, inciso 2, «El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión —y aquí viene lo bueno— o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral». Eso dice la ley y es bien claro.

Sin embargo, cada vez más escuchamos que las salas comerciales declaran fundados los recursos de anulación, mencionando que ha existido en tal o cual laudo, motivación aparente. ¿Cómo?, ¿no era que no podían calificar los criterios de la motivación?, ¿no lo está diciendo la propia Ley de Arbitraje?

Vamos a ver, entonces, analizar un poco este tema.

Intervención de Mauricio Raffo La Rosa

*Mauricio Raffo La Rosa**

Manuel Villa-García Noriega: En primer lugar, quisiera preguntarte, Mauricio, en tu opinión, ¿cuál es la tendencia jurisprudencial peruana actual sobre el control de la motivación de los laudos?

Mauricio Raffo La Rosa: Gracias, Manuel. Primero, agradecer la invitación a la Pontificia Universidad Católica del Perú.

* Abogado por la Universidad de Lima, socio de Miranda & Amado. Su práctica está enfocada en litigios y arbitrajes, con experiencia en disputas regulatorias.

A ver, me pidieron que analizara la tendencia de la corte, sobre el tema de la motivación de las decisiones y, lo primero que hice, fue ver si, efectivamente, hay una tendencia a que los laudos sean anulados por motivación y ¿esa tendencia está en aumento?, ¿está en disminución?

Por lo menos, los que vemos demandas de anulación, casi en todas las demandas es alegada la causal de motivación, en todas. La pregunta es ¿cómo se está comportando la corte?, ¿ha habido un cambio hacia mejor o hacia peor?

Entonces, comencé a tratar de concentrar la información que levantamos, pudimos tener acceso casi al 100% de las sentencias emitidas por la corte y salieron algunos números bien interesantes.

En esta gráfica lo que van a poder ver es lo que ha ocurrido en los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016. En la columna azul está la totalidad de sentencias emitidas sobre demandas de anulación por las salas comerciales, las dos salas comerciales; y, en naranja, tienen cuántas de estas demandas fueron declaradas fundadas, sin importar cuál fue la causal que fue amparada, o sea, del 100% de las sentencias de anulación emitidas, cuántas de ellas fueron declaradas fundadas.

Entonces, vemos que durante el año 2011, 2012, 2013 y 2014, el porcentaje de demandas fundadas se mantuvo casi inalterable, pueden haber habido más demandas, pero siempre estamos hablando de alrededor de un 10%, o sea, el 10% de las demandas presentadas son fundadas, el 90% de las demandas, son rechazadas.

Este porcentaje cambia en el 2015 y tenemos un pico, se duplica, pasamos de un 10% a un 19%, casi el doble. Y como va el 2016, la tendencia, aparentemente, de este pico de incremento, parece que se mantiene, vamos en un 17%, bien cercano a un 19%. Entonces, algo ha pasado en los últimos dos años, que ha hecho que las salas comerciales dupliquen las demandas fundadas de anulación, no sabemos todavía

por qué causal, pero ésa es una primera señal que tenemos cuando vemos las estadísticas.

Ahora, cuando nos preguntamos ¿de estas demandas fundadas, cuáles fueron fundadas por la causal de motivación o defecto de motivación?, tenemos este resultado. Tenemos también del 2011 al 2016 y vemos que casi el porcentaje de las fundadas por defecto de motivación, se mantuvo casi inalterable también hacia el 2015, casi alrededor del 30 y tantos por ciento; pero, la sorpresa es que en el 2015 y en el 2016, que son donde, si recordamos, se duplican las demandas fundadas, ocurre que se reduce a la mitad la causal de motivación.

Entonces, claramente no es la causal de motivación lo que está generando que haya más demandas fundadas, alguna otra causal será, no he hecho ese análisis todavía y tampoco tengo tiempo de hacerlo, con los diez minutos que me pidieron comentar este tema; pero lo que sí es curioso es que algo ha pasado en la corte para que este porcentaje de 30 y tantos por ciento baje a un 15% y 17% y vimos que el corte se daba justo en los últimos dos años, 2015 y 2016.

Entonces, lo siguiente que hicimos fue tomar el año anterior al 2014 y el año posterior al 2014, y ver ejemplos de sentencias fundadas, para ver si ha habido algún cambio de criterio de la sala, que puede explicar esa reducción a la mitad. Es claro, que no estamos hablando de criterios uniformes o de una posición dogmática de la sala, son ejemplos, esto todavía no es algo que se ve en todas las sentencias sobre motivación.

Entonces, ejemplos del 2013 y escogí tres, son tres sentencias, no vale la pena mencionar las partes, ni nada. Por un tema de tiempo voy a leer solamente la parte subrayada, la sala dice «Se ha emitido el laudo en base a un petitorio no postulado —aparentemente, sería una *extra petita*— y fundamentos no expuestos por la parte, incurriendo así, según la tipología [...], en motivación sustancialmente incongruente», «es evi-

dente —dice la sala— que no es posible defenderse de una pretensión no postulada y de hechos no expuestos por la contraparte».

Aquí lo peligroso de la sentencia, es que no solamente se limita a ver si es una *extra petita* o no, si hubo una pretensión que no se demandó o no en el laudo; sino que comienza a analizar los hechos y comienza a calificar si los hechos que invocó el tribunal arbitral para declarar fundado el laudo, fueron hechos que fueron invocados por las partes, si fueron hechos discutidos, si fueron hechos probados, se meten en el tema fáctico de la motivación. Ahí comienza a entrar en un terreno ya peligroso de control de la motivación.

Segundo ejemplo, ésta es otra sentencia también del 2013. En esta sentencia, la sala dice «se verifica que el tribunal arbitral, lejos de absolver los lineamientos arriba detallados, ha centrado su decisión en un hecho no discutido por las partes ni fijado como punto controvertido», «la actuación del tribunal arbitral constituye, a todas luces, una decisión incongruente, que vulnera el principio constitucional a la motivación». Nuevamente, entra a calificar la fundamentación fáctica, de hechos, que tuvo el tribunal, para decir si fue correcta o incorrecta, si los hechos se alegaron, si los hechos se probaron o no se probaron. Entra, nuevamente, a un terreno que consideramos muy peligroso. En mi opinión, prohibido.

Tercer ejemplo. Es difícil, de repente, entenderlo a distancia, pero se los leo, «Siendo que de una simple operación aritmética —dice la sala comercial— se desprende que por un período de 385, el tribunal ha liquidado un monto inferior al costo diario de dicho anexo, de lo que se desprende que el costo diario calculado, no se condice con la liquidación efectuada por el consorcio», «se concluye que este extremo del laudo incurre en motivación deficiente». O sea, ahí ya la corte se metió a hacer los cálculos de números para ver si sumaron bien, sumaron mal, etc.. Esto ya es el extremo de meterse al tema fáctico de la motivación que tuvo el tribunal.

Ése era el criterio, por lo menos, en tres ejemplos que encontramos cómo estaba mirando la sala comercial del 2013 para atrás, respecto a qué consideraba que debía revisar el juez comercial, para efectos de determinar si un laudo estaba motivado o no.

Ahora, ese criterio o esos criterios que, desde nuestro punto de vista, implican meterse a analizar los criterios de motivación fácticos o jurídicos del tribunal, que es terreno prohibido por mandato expreso de la ley, no son el control de motivación que debe hacer una sala comercial, ¿ese criterio se ha mantenido estos últimos años o ha habido un cambio en el criterio que, justamente, ha podido justificar esa reducción a la mitad de las demandas fundadas por motivación?

Ahí, tomamos tres ejemplos de sentencias expedidas del 2015 para adelante y veamos qué dice la sala comercial ahora. Ésta es una sentencia y les leo la parte pertinente, dice «su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por sí mismo exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun —dice la sala— si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión».

Lo que está diciendo aquí la sala es que se debe considerar una correcta motivación y, por tanto, que no debe entrar a revisar esa motivación, si esta motivación, aun en los casos de motivación breve, concisa y aun en el caso de motivación por remisión. Considera que eso no debe ser objeto de un control de motivación por parte de la sala comercial. En consecuencia, comienza a achicar el aspecto de la revisión.

Otra decisión, también del 2015, «la demandante alega que la motivación del laudo arbitral se ha efectuado en base a hechos falsos y, por ende, ausente de motivación», «es decir, vía denuncia de ausencia de motivación, la actora pretende que este colegiado califique los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestos por el árbitro único, al esta-

blecer que se había acumulado el monto máximo de penalidad, lo que se encuentra prohibido por el numeral 2 del artículo 62».

O sea, la demanda cuestionaba que el laudo se había sustentado en un hecho falso y la corte le responde «en ese terreno, yo no puedo entrar» y se rechaza la demanda.

Último ejemplo, también del año 2015. Dice «el tribunal arbitral termina concediendo la ampliación de plazo de 337 días calendario, sin mencionar la base y fundamentos que lo han llevado a calcular dicha ampliación, puesto que en la demanda arbitral se pretendía que ésta sea por 514 días». Es decir, tenemos una demanda en la que se pedía 514 días y el tribunal la reduce a 337.

Y dice, «de lo analizado se concluye que el Gobierno Regional demandante tiene razón —o sea, ampara la demanda de anulación— cuando acusa defectos de motivación en el laudo, pues del texto del mismo no emerge que el tribunal haga referencia ni análisis alguno sobre lo alegado fácticamente al contestar la demanda».

Yo no conozco el caso, pero, aparentemente, lo que dice la sala es que en el laudo no encontró un solo argumento que me explique por qué se redujeron los días, con lo cual, lo que está controlando es que exista motivación, no cuál es la motivación. Por tanto, sería un correcto control lógico el que estaría haciendo la corte.

«Lo que quiero es que me digas ¿por qué?». Si está bien, si está mal, si es suficiente, si es poco, si es mucho, si es ilógico o no, ése es otro tema, eso es entrar a los criterios de motivación, pero la motivación tiene que estar y, si yo no la encuentro, por tanto, ese laudo debe ser anulado. Eso es un poco lo que se desprende de esta decisión.

Ahora, lo que sí me parece importante analizar de estos seis ejemplos, tres antes del 2013 y tres posteriores al 2015, es que la sala ha

comenzado a reducir su ámbito de aplicación, en qué cosa puede o no revisar para efectos de anular por motivación y eso me parece bueno y destacable.

Ahora, todavía no vemos un criterio uniforme en las salas y es importante que cada vez esa brecha se reduzca a que las salas, simplemente, exija, que haya motivación y que no entre a calificar esos criterios de motivación.

Gracias.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Les agradezco por los aplausos, pero yo preferiría que sean todos al final y así hacemos esto mucho más dinámico.

Pareciera, entonces, que hay buenas noticias, ¿no? De tu porcentaje, lo primero que yo podría decir es que las dos únicas salas comerciales del Distrito Judicial de Lima, cuando están resolviendo y declarando fundados los recursos de anulación —yo quisiera ver el vaso medio lleno, no medio vacío— es decir, se ve extensamente y en un mayor porcentaje que las demandas de recursos de anulación, son declaradas infundadas o improcedentes, y en el porcentaje que tú has mencionado en los años anteriores, tan sólo el 10% y ahora que hay un pico; pero habría que ver si eso corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, porque en tu trabajo no has distinguido si es arbitraje comercial o arbitraje administrativo. O sea, habría que ver por qué se ha dado ese pico.

¿Qué opinas Fernando?, ¿son buenas noticias o son malas noticias?

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverry

*Fernando Cantuarias Salaverry**

Por si acaso, sorteamos quién iba a hacer de bueno y de malo y perdí. Primero, permítanme hacer un homenaje a César, no solamente por estos años dirigiendo lo que hoy día es un centro y que en un primer momento nació como una idea de César, que todos sabemos que él empujó, a veces solo. Son años del centro, diez años de evento y César nos ha traído, junto con Amcham, la maravillosa noticia de ser parte, por fin y nuevamente, de la CCI. Te debemos mucho, César; muchísimas gracias.

¿Qué puedo decir? Yo recuerdo un caso y quiero mencionarlo, simplemente, para entender de qué estamos hablando.

Hace unos años, todos recordaremos, los famosos tres casos que hubo en materia eléctrica, tres empresas eléctricas, porque esto se hizo público y, además, yo no participé, a mí me llegó el laudo y ahora lo chismeo, no tengo ninguna obligación de confidencialidad.

Los tres casos, Edelnor, Luz del Sur y Ede-Chancay contra el Estado, reclamando la protección de su convenio de estabilidad jurídica, bajo los Decretos Legislativos n.ºs 662 y 757.

Yo recuerdo uno de los laudos donde estaba, por un lado, Susana Zusman y, por el otro lado, estaba nuestro querido y recordado Jorge Santistevan de Noriega y el presidente era un reputadísimo abogado peruano, también recientemente fallecido.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico y miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

¿A qué viene el cuento? Jorge sacó un voto que fue un voto minoritario, en contra de la posición de la empresa que buscaba protección, un voto de «este tamaño», como nos tenía acostumbrados Jorge. Susy, a quien todos conocemos también, que cuando se encierra hace libros, sacó un voto de «este tamaño», a favor de la empresa; y el presidente no tuvo mejor idea que, en vez de sumarse a alguna de las dos posiciones y firmar no más, se le ocurrió hacer su voto con tres páginas; tres páginas ridículas, además.

Y yo recuerdo que comencé a leer el fallo y dije «¡uy caracho!, ganó el Estado, fundada la demanda», volví a leerlo, «¡uy!, pero es infundado», «no, fundado». El Estado recurrió al tribunal y le pidió una aclaración al presidente y el presidente dijo «en base a lo que he dicho A, B, C, D, E, es fundado».

Entonces, yo me pregunto, si esto va a un juez, ¿quién diablos es el juez para decir que lo que dice el árbitro debe ser infundado?, ¿quién diablos es el juez?, ¿quién se cree que puede ser?, ¿qué vela tiene en este cementerio?; o sea, el árbitro dice «¿sabes qué?, yo digo por A, B, C, D, que ha ganado A. ¿Tú lees otra cosa?, pues estás descerebrado, yo he hecho el voto y digo que ha ganado A».

Ése es el problema con la motivación. ¿Qué hace el Poder Judicial?, fallo que no le gusta, al juez de turno, lo tumba, así de sencillo y no tienen ningún escrúpulo para hacerlo, porque lo más patético de todo es que el doctor nos ha leído el artículo 62 de la Ley de Arbitraje y estos sujetos ni siquiera declaran, no sé, control difuso del 62, se zurren en el 62, o sea, ellos sí demandan a los árbitros supuesta motivación, pero estos sujetos ni siquiera motivan por qué dejan de aplicar el 62; es alucinante.

Hasta donde recuerdo pueden irse presos, ¿no?, porque están dejando de aplicar una norma expresa, entonces, cuidadito, o sea, estos números son engañosos, te suben y te bajan el dedo como les da la gana,

porque no hay control, hacen lo que quieren contra una norma expresa de la ley. Entonces, cuidado.

Justamente, como no se dan cuenta, porque no tienen la menor idea del poder que tienen y, si lo saben, actúan maliciosamente. Hoy ya se ha vuelto costumbre, cada laudo que sale, «yo te anulo, tú me anulas, nosotros nos anulamos, vosotros os anuláis». Lo que antiguamente era el amparo, ¿no es cierto?, «yo me amparo, tú te amparas, nosotros nos amparamos». Porque el TC abrió la cancha en su momento y todo el mundo se amparaba y el TC hizo barbaridad y media con los amparos, todos los recordamos, hasta que el TC se dio cuenta, yo creo que temeroso de todo lo que había hecho, y cerró la cancha; se acabaron los amparos.

Entonces, ¿ahora cuál es la canchita?, «falta motivación» y queda al criterio arbitrario de los jueces, porque ni protocolo tienen. En las cifras que nos ha dado el doctor Raffo, muy útiles, tienen centenares de casos y son incapaces de fijar un precedente, ¿qué es eso?, arbitrariedad pura, arbitrariedad pura y ¿hasta cuándo vamos a tolerar que los jueces sean arbitrarios?, son los primeros arbitrarios que existen en el país. No me bastan los números, doctor Raffo, esto es arbitrariedad pura.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Entonces, estamos en una tómbola.

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverry

Sin duda, por eso todos los casos que Mauricio nos ha traído a la mesa, estos mil y pico de casos, desde el 2011 al 2016, solamente en Lima, te aseguro que en el 99% de cada una de estas demandas de anulación, ha estado presente, necesariamente, el tema de la motivación,

porque se ha vuelto el «bingo» y la Ley de Arbitraje te dice «esto no es su bingo, esto es serio, porque la decisión de los árbitros, te guste o no juececito, es cosa juzgada; entonces, tu control es específico y puntual».

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Bueno, pero deberíamos...

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverry

Pero, voy al tema de la motivación. ¿Ya se acabó?, ahí están mis preguntas.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Pero, hay que darle chance a Mauricio.

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverry

¿Por qué le vas a dar chance a Mauricio?

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Debido proceso, doctor. Tiene que motivar.

A ver, Mauricio, entonces, ¿tú eres pesimista o eres un poco más el del vaso lleno?, en tu opinión ¿cómo debería articularse por el Poder Judicial la motivación de los laudos?, ¿debería o no?

Intervención de Mauricio Raffo La Rosa

Primero, coincido en varias cosas que ha dicho Fernando, obviamente, no en todas, porque es Fernando, pero yo sí creo que si bien es cierto que todavía vemos sentencias donde acogándose al tema de motivación, dejan la puerta abierta y puede pasar cualquier cosa y ése es un riesgo para el arbitraje institucionalmente hablando.

Felizmente, los números se están reduciendo; nada nos indica que vuelvan a subir, es verdad, pero lo que vemos en los últimos años es una reducción y eso es bueno.

Ahora, no es suficiente.

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverry

César, el próximo año nos invitan otra vez ¿ya? Y que traiga sus cifras.

Intervención de Mauricio Raffo La Rosa

Bueno, veamos, ojalá que siga reduciéndose. El problema es que mientras no tengamos un precedente que haga predecible el tema, vamos a tener lo que vemos en las demandas, que es que en casi el 99% de las demandas de anulación, invocan motivación, porque ven esa ventana abierta.

Esto es como en un partido de tenis, la línea de saque de las canchas de arcilla, que los tenistas van pasando la zapatilla hasta que ya no ves en qué parte de la línea estás. Mientras no tengamos un precedente que la corte comience a respetar en sus fallos y, por tanto, no hacer que el porcentaje sea reducido a la mitad, sino saber cuál es el criterio de la sala

para todos los casos, la ventana va a seguir abierta y eso es un peligro para la institución arbitral.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Horacio y ¿tú qué opinas?, ¿qué pasa en Bolivia?; y bienvenido.

Intervención de Horacio Andaluz Vegacenteno

*Horacio Andaluz Vegacenteno**

Gracias, Manuel. Bueno, primero agradecer al doctor Guzmán-Barrón por permitirme estar acá.

El panorama en Bolivia, en cierta medida, es como el que ha pintado Fernando, tristemente no el que ya pintó Mauricio y yo veo igual el vaso medio lleno en este caso, en la reversión de una línea.

Ahora, efectivamente, la falta de fundamentación ha ingresado a nuestros ordenamientos como una violación al debido proceso. Eso tiene mucho sentido en el marco del proceso ordinario, del proceso judicial, porque la fundamentación es lo único que tienen los jueces para justificar su legitimidad democrática como órgano delegado del pueblo soberano. El ejecutivo y el legislativo tienen el voto, el juez tiene la fundamentación y la tiene porque la fundamentación es lo que permite hacer el control al interior del órgano a través de las vías recursivas y las apelaciones de los litigantes, porque lo que apelo, contra lo que recurro, es contra lo que está en la fundamentación, que es lo que va a terminar en el resultado.

* Abogado por la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, árbitro de la Cámara de Industria, Comercio y Turismo de Santa Cruz; de la Cámara Boliviana de Hidrocarburos y Energía y de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia.

Ahora, bien. Si uno ve ese sustento doctrinal y lo trae hacia el arbitraje, lo primero que va a encontrar es que aquí habría que hacer serias matizaciones, porque la legitimidad del tribunal arbitral no nace de la soberanía popular, como nace la de los jueces, sino de un acto de delegación de las partes que confirieron capacidad a tres señores para que resuelvan su controversia o a uno, si es árbitro unipersonal.

En consecuencia, la fundamentación en este caso no veo que sea desde el punto de vista constitucional una pieza tan importante, tan fundamental, como puede serlo en el marco de un proceso ordinario ante un juez, porque ése es el único vehículo que se tiene para controlar que, efectivamente, estamos ante un acto de soberanía delegada.

Y si lo traemos al arbitraje, con el mismo entendimiento, lo que va a pasar, es que sucederá exactamente lo mismo que está ocurriendo en sede constitucional respecto a las sentencias de los jueces, donde cualquier acto termina siendo impugnado por falta de fundamentación o motivación insuficiente o aparente, finalmente, porque por la vía de la fundamentación, se filtra toda una serie de otros conceptos que tienen, incluso, sus propios canales procesales.

Por ejemplo, dentro de las sentencias que citó Mauricio, yo resalté tres cosas. Caso de un laudo supuestamente *extra petita*, eso tiene otra causal de anulación, no es falta de fundamentación; un asunto de valoración arbitraria de la prueba, bueno, otra vez, eso es violación del debido proceso, no tenemos por qué irnos a falta de fundamentación; o la determinación del derecho aplicable, que ése es un caso que no lo refirió Mauricio, pero que sí lo he visto en un caso de la jurisprudencia boliviana, donde era claramente un acto de arbitrariedad y, pueden haber arbitrariedades por el resultado, pero ésta era una, incluso, que nacía de mala fe, porque la crítica que hacía el juez de anulación, era que al no haber aplicado el derecho, la norma legal que invocaba el demandante, se violó el debido proceso por falta de fundamentación, anula el laudo y, claro, lo que está haciendo el señor es condicionar a la aplicación de un

derecho en específico, que eso le corresponde al tribunal arbitral, porque cuando escoges árbitros, escoges, incluso, la posibilidad de que se equivoquen en valorar tus pruebas y en determinar el derecho, porque por eso es que es inapelable esta decisión.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Excelente, gracias. Bueno, vamos avanzando en otros temas, ¿qué opinarías tú, Fernando, sobre si se puede pactar en contra de la exigencia legal de la motivación?, ¿qué nos dirías?

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverry

¿Me estás preguntando mi opinión o lo que los ilustres juristas que están en los tribunales van a pensar?, ¿quieres mi opinión?

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Tu opinión calmada.

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverry

Ok. Lo voy a hacer, fíjate, lo voy a hacer. Bueno, yo soy una persona que creo en la libertad, ¿qué tal te sonó?

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Está bien.

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverry

Creo en la libertad, pero aquí en el Perú, la libertad se convierte en obligación en casi todo. Entonces, yo siempre entendí que cuando la Constitución me hablaba de las protecciones, entre ellas, la motivación, están referidas al Poder Judicial, a aquél que me impone el Estado, pero no frente a un privado que es elegido voluntariamente.

Entonces, venirme a decir que la Constitución me protege, impidiéndome que yo pacte con mi contraparte la posibilidad de no pactar motivación, pero eso es lo que nuestros jueces y el Tribunal Constitucional dirían, no me queda la menor duda, no interpretan, son literales.

Y todo parte del TC, en estos barbarismos de fallos, donde dice que el arbitraje es una jurisdicción, y que la jurisdicción arbitral no emana de la voluntad de las partes, sino que nos la da la Constitución.

Eso dice el precedente que está vigente en el Perú. Entonces, claro, si yo soy jurisdicción en el criterio del Tribunal Constitucional, obviamente, las protecciones que establece la Constitución frente al juez, me las van a aplicar literalmente, porque no puedo esperar que digan «oye no, ¿esto no es diferente?, ¿esto no parte de la voluntad privada de las partes?, ¿la motivación no es, justamente, para permitir la apelación y la revisión de los jueces de arriba, cosa que no sucede en arbitraje?», o sea, lo que un niño de nido estoy seguro que lo piensa, yo no puedo esperar eso de nuestro sistema jurídico, de nuestros vocales y miembros del TC, porque me han demostrado lo contrario.

Yo no encuentro un solo argumento para que me digan que no puedo pactar en contra de la regla general, porque la excepción está en la ley, que es «salvo pacto en contrario»; no encuentro uno solo, es mi derecho.

O sea, fíjense lo absurdo y ridículo del sistema. Yo tengo un asunto privado y puedo dejarlo prescribir, puedo, puedo no exigir la deuda, la dejo correr, puedo transarla, puedo novarla. A ver, ustedes que han pasado por la universidad, puedo hacer mil cosas, condonarla, ¿quién me va a decir algo?

Ok, ¿lo puedo o no lo puedo hacer?, pero viene el sistema judicial constitucional y me dice «pero no puedes pactar que no se motive tu decisión», «*what?*», ¿se dan cuenta?, pero, repito, ésa es mi opinión personal y, obviamente, estoy seguro de que en el tiempo que me quede de vida, no veré un cambio, porque el Perú es un país formal, antes que pensante —estoy hablando del sistema judicial y de nuestro Tribunal Constitucional—.

Hoy día, además, todo esto se alimenta, porque todo este tema de la motivación, lo que nos dice Horacio inteligentemente, esto no debería darse en el sistema de arbitraje, pero el sistema se alimenta con barbarismos como esta figura de la pirámide peruana que ha creado la Ley de Contrataciones, que se tiró abajo la pirámide de Kelsen, entonces, ya arriba de Kelsen, estamos por encima de Kelsen, ahora tenemos la pirámide peruana, ya no es Constitución, leyes, decretos supremos, etc.; ahora es Constitución, Ley de Contrataciones, normas de derecho público, Código Civil debajo, y eso es causal de anulación de laudo.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Calma, calma.

Entonces, el sistema está promoviendo todo este barbarismo, porque estamos abriendo cada vez más con normas tan absurdas como ésta, justamente, dándole más fuego a la hoguera.

Intervención de Mauricio Raffo La Rosa

Gracias. Bueno, si bien comparto que hay sentencias que son para tirarse por la ventana, también hay otras de la corte donde, por lo menos, nos mantienen una ilusión, aunque una golondrina no hace un verano, pero hay buenas sentencias sobre el tema de la autonomía de la voluntad y esta libertad que podemos tener en el arbitraje de pactar lo que queramos.

Quería comentar un caso que es de la Sala Comercial, de una anulación de laudo y lo cuento muy breve, porque, justamente, se sustentaba la demanda en una violación flagrante del derecho al debido proceso de la defensa, que es un caso COES, que son estos arbitrajes eléctricos, tienen una cláusula arbitral estatutaria, bien *sui generis*, se pacta un montón de cosas.

Entonces, en esta cláusula arbitral se pacta que si se adopta un acuerdo en esta entidad, en este comité técnico eléctrico —hay como una especie de primera instancia a nivel del COES, que se llama Dirección de Operaciones— y los miembros del COES, que son como diecisiete, no están de acuerdo, pueden impugnarla, apelarla internamente en el COES, al directorio y las decisiones del directorio se van a arbitraje.

Entonces, aquí hubo una decisión que favoreció a una empresa frente a otra, la empresa desfavorecida apela al directorio y el directorio cambia la decisión de primera instancia y le da la razón al otro, uno tenía que pagar diez millones al otro y le dice «no, no, es al revés». Entonces, el perdedor se va a un arbitraje y demanda solamente al COES, el laudo sale y el laudo revoca la decisión del COES, ordenando pagarle a la otra empresa que no fue demandada, ni fue parte del arbitraje, le ordena pagar diez millones.

La empresa que había sido condenada se va a anulación y dice «me han afectado mi derecho de defensa, no fui demandado, ni siquiera fui emplazado con la demanda para defenderme». Bueno, en el convenio

arbitral las partes pactaron un mecanismo bien *sui generis* de notificación, esa solicitud arbitral que se presentó diciendo «yo quiero llevar esta decisión a arbitraje», por el convenio arbitral tenía que ser publicada por el COES en su página web y todas las empresas miembros del COES tenían quince días para manifestar su intención de participar en ese arbitraje y el arbitraje se lleva a cabo con todos aquéllos que manifestaron su voluntad; y el convenio dice que el laudo que se expida es obligatorio para todos, hayan o no participado en ese arbitraje.

La Sala Comercial rechaza la demanda de anulación diciendo que lo que prima en un arbitraje es la autonomía de la voluntad, y si las partes quisieron ese mecanismo de emplazamiento, no vengan a llorar después diciendo que no fueron correctamente emplazadas. Por tanto, consideró válido el laudo.

Ése es un ejemplo, simplemente, de que también se respeta la autonomía de la voluntad en el arbitraje.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Es un ejemplo positivo.

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverry

También hay ángeles en el cielo.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Yo decía que es un ejemplo positivo y el problema está en la predictibilidad, cómo estar en ese 80% que van a declarar infundado el recurso de anulación y qué miedo si caigo dentro de ese 20%.

Intervención de Mauricio Raffo La Rosa

Porque no tienes un criterio.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Ricardo nos pide una réplica, está en desacuerdo con todo.

Intervención de Ricardo León Pastor (desde el público)

Lo que pasa es que yo hice el mismo trabajo que Mauricio.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Entonces, es plagio. Ahora están de moda los plagios.

Intervención de Ricardo León Pastor (desde el público)

Lo hice en el 2015, fue parte de mi tesis doctoral. Entonces, ¿qué pasa?, y creo que Mauricio correctamente describe la estadística, pero hay un problema en la muestra, porque ha tomado solamente algunos casos del 2013 y algunos casos del 2015. Yo no he visto ninguna tendencia que exponga que los jueces ahora han reducido su control de la motivación, tengo la sospecha inversa.

El problema, como han anotado muy bien todos ustedes, es que no hay criterios. El próximo viernes las salas comerciales se van a reunir para hacer un pleno y están trabajando, imagino, algún tipo de política al respecto, ojalá que se lleve a generar una política; pero ahora lo que tenemos es y lo habrá visto Mauricio, probablemente, en la mayoría de

las sentencias de anulación tienes dos citas que son totalmente contradictorias, una que cita el artículo correspondiente de la Ley de Arbitraje, donde se dice que no pueden entrar a controlar la motivación, pero en una página más adelante o una página más atrás, dicen que van a aplicar a este caso el estándar constitucional de los defectos de la motivación dirigidos a jueces.

Entonces, tienes dos patrones completamente contradictorios, uno legal, que te dice «no controles motivación», y otro constitucional, que te dice «controla la motivación judicial», no la motivación arbitral; ésa es la madre del cordero y esa incertidumbre a mí me parece que se mantiene hasta ahora.

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverri

El tema, más allá de hacerlo entretenido, es grave, porque no se trata de una causal que tenga dos años; está desde el año 1996 y que nuestro bárbaro Poder Judicial no sea capaz de sacar un estándar en ¿veinte años?, o sea, trato de reírme, pero me da una pena, una tristeza y un desaliento que en este país nada se puede hacer correctamente.

Señores, veinte años está esa causal, no es una ley de ayer y que la manipulen como mejor les parezca, porque la manipulan como les da la gana y no pasa nada; pero sí, a ti sí te revisan hasta el último considerando de tu laudo para ver con qué te pueden agarrar para tumbártelo. ¡Qué tal raza!

Yo trato de conseguir sentencias judiciales que puedan ser útiles para mi curso y no consigo ninguna; sin embargo, estos señores te expulgan hasta la última coma, ¡qué tal raza!, o sea, esto tiene que acabar. En el mundo civilizado, yo creo que el 99% de los pedidos de anulación de laudos arbitrales en el mundo por motivación, están en el Perú, yo que soy un académico en el tema, ¿encontrarme con casos de motivación en

el mundo civilizado?, ¡Dios mío!, es casi, casi, como una Coca-Cola en el desierto, son casos *in extremis* y aquí es el pan nuestro de cada día.

Algo está enfermo, como estuvo enfermo el sistema de amparos, ¿hasta cuándo vamos a tolerar que estos señores nos mantengan enfermos?, ¿hasta cuándo?, ¿quiénes se creen que son para estar por encima de la ley y de las reglas de juego?, o sea, ¿hasta cuándo?, repito, el TC que metió la pata en materia de amparos, tuvo la inteligencia, por lo menos, de decir «basta». Bueno, ¿hasta cuándo estos señorones y señoronas van a seguir haciendo lo que les da la gana?

Entonces, poder hablar de si hay o no motivación es, simplemente, pues, no sé, hablemos de fútbol, porque la verdad nada se gana, porque yo no sé cómo mañana van a resolver, porque hacen lo que les da la gana, punto, contra norma expresa, que es lo más patético.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Bueno, Ricardo, a ver si nos ayudas en esa reunión, si hay alguna luz.

Fernando, avanzando un poquito, ¿tú consideras que la motivación en un laudo privado debería ser igual o diferente en un laudo de un arbitraje con el Estado?

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverry

Ahora sí, yo no soy procesalista, me imagino que la motivación tiene que ser igual, ¿no?, o sea, no es en razón de las personas.

Mauricio nos presentó varias sentencias judiciales y los jueces lo que dicen es algo muy bonito, dicen «tiene que haber suficiente justificación», ¿qué diablos es suficiente justificación?, ¿me pueden explicar?,

¿qué cosa es suficiente justificación?, es un criterio subjetivo arbitrario, son unos arbitrarios.

Entonces, ¿la motivación debe ser en privado o público igual?, ¿cuál?, no lo sé, lo que le provoque al juez de turno, al miembro de la sala comercial que cree que es su chacra y que puede hacer lo que le da la gana, porque él va a decidir si tu motivación, en un laudo privado o en un laudo público, es suficiente justificación. Si pasa su estándar arbitrario, absolutamente arbitrario, te salvas, y si no, tu motivación podrá ser muy grande, corta, mediana, chica, concisa, bella, fea, no interesa, lo que interesa es qué cosa subjetivamente se le ocurre a la sala que te tocó para bien o para mal en ese momento y al hígado del vocal ponente de turno. Así de sencillo.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Horacio, ¿tú qué opinas?, ¿qué pasa en Bolivia?

Intervención de Horacio Andaluz Vegacenteno

Bueno, en el caso del ordenamiento boliviano, en particular, la falta de motivación ha entrado como un componente del debido proceso y, en consecuencia, nuestra ley que es discípula de la Ley Modelo, en este caso, cuando menos en las causales de anulación, contempla la violación al debido proceso como una causal de nulidad del laudo. En consecuencia, teniendo una causal de orden procesal, para mí al menos, cualquier otro elemento por importante que fuera para ese ordenamiento, ya no podría ser parte de la causal de orden público y, en otras palabras, la causal de orden público debiera quedar únicamente para cuestiones sustantivas de fondo, no para la violación de elementos procesales.

En el caso de la falta de motivación, su tratamiento debiera reconducirse al debido proceso. Ahora, lo que pasa es que, claro, la causal de orden público es igual que la falta de motivación, en el sentido de que las dos comparten una gran imprecisión. En consecuencia, termina siendo el cajón de sastre donde cae cualquier argumento que pueda servir para anular un laudo que, simplemente, no quiero cumplir.

Nunca nadie va a anular un laudo porque es consciente de que ha perdido y lo acepta, es porque no quiere cumplirlo.

Ahora bien, a mi juicio, sin necesidad de alterar la legislación vigente, debiera ser posible que las partes renuncien a la exigencia de tener un laudo motivado, si es que es parte de su libertad, vale decir, sin necesidad de interpretar la legislación vigente, porque otra vez, partamos de la Constitución, y si entendemos que ése es un derecho que tiene que ver con la legitimidad democrática de los jueces, entonces, muy bien, si no son jueces los que están aquí jugando, ni están ejerciendo un mandato de soberanía popular delegado, las partes pueden escoger, simplemente, renunciar a ello.

Ahora, claro, llegar a eso supone un grado mayor de madurez en un sistema jurídico y creo yo que el momento en el que uno pudiese estar en ese nivel, o pudiese decidir libremente renunciar al recurso de anulación, por ejemplo, causales como ésta, como la falta de motivación, dejarían de ser este cajón de sastre donde cualquier cosa se filtra y que, en definitiva, es el vehículo de la arbitrariedad que te puede hacer tratabillar todo tu sistema arbitral, porque, al final, si el laudo es anulable o no se ejecuta, pues ¿para qué te tiraste el proceso?

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Pero, en el fondo nos estás planteando que mejor cortamos por raíz y que no sea motivado, ¿no?

Entonces, yo te diría, yo preferiría que sí sea motivado, yo quisiera que me digan por qué.

Intervención de Horacio Andaluz Vegacenteno

Por qué, claro.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Ya no soy un niño de transición, quisiera que me digan por qué tengo razón o por qué no la tengo.

Pero, eso me podría llevar a que, justamente, lo tomen como una medida para decirme «declaro fundada la anulación».

Intervención de Horacio Andaluz Vegacenteno

Claro, o sea, puede haber muy bien el litigante que quiere que le den las razones, por qué, como decían las Partidas de Alfonso el Sabio, expliquemos las razones de por qué se falla en un sentido, perfecto, yo también quisiera y como árbitro preferiría dictar un laudo motivado, pero puede haber también la parte que no quiere la fundamentación, que quiere simplemente resultados.

Entonces, muy bien, si estamos hablando de derechos disponibles, dejemos que también se pueda optar por eso, o a nivel de regla o a nivel de excepción, si queremos a nivel de excepción, pero dejemos que se pueda ejercer ese ámbito de libertad ahí.

Yo creo que aquí tenemos un punto de partida que es muy pernicioso; y es que hemos asumido un criterio sumamente simplista, reduc-

cionista, y es creer que todo aquél que resuelve una disputa es juez, que todo aquél que juzga es juez, los árbitros juzgamos, pero no somos jueces, no ejercemos soberanía popular delegada. En consecuencia, nuestra actividad no comparte la naturaleza con la del juez.

Es más, tenemos un punto de partida tan confuso que, incluso, una de las teorías que está más vigente en el campo arbitral, es la teoría jurisdiccional que, precisamente, lo que hace es asimilar el arbitraje a la función judicial, con lo cual define su naturaleza, desnaturalizándolo.

Entonces, muy bien, volvamos a los orígenes, a esa base de libertad y permitamos que, simplemente, se opte, o sea, es un mundo donde cada quien tiene que asumir su propia responsabilidad, de sus actos, la del que quiso el laudo motivado y la del que no lo quiso, o la del que quiso al árbitro y no al juez.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Bueno, nos están tocando la campana, no sé si quieran hacer un brevísimo resumen o, mejor, les cedemos la palabra a ustedes por si quieren hacer preguntas o comentarios, ¿un par de preguntas?, ¿lo dejamos ahí?

Primera pregunta del público: Efectivamente, como dice Horacio, si se permite en el Perú el pacto de no tener laudos motivados, ¿por qué no legislar y permitir también a las partes en el mismo ámbito de la autonomía privada, poder renunciar a la anulación del laudo, por qué ahí sí ponernos un poco nerviosos?

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Ya, eso es para otro congreso.

Intervención de Fernando Cantuarias Salaverry

A ver, pero es muy simple, o sea, nadie dice que no debe haber anulación del laudo, porque si no habría descontrol absoluto. Esa arbitrariedad que yo estoy reclamando contra lo que está haciendo el Poder Judicial, se trasladaría a los árbitros, mi querido señor.

Ésa es mi respuesta, hay cuestiones básicas y fundamentales, el tema es dónde debes meterte, zapatero a tus zapatos.

Yo no estoy diciendo que el Poder Judicial no debe intervenir, por supuesto, ahí están las causales, pero deben ser interpretadas de acuerdo a lo que es la naturaleza del arbitraje y la función importantísima, pero función específica, que debe tener el Poder Judicial frente al arbitraje, ojo.

Pero, renunciar a la anulación ha demostrado que lo que genera es arbitrariedad. La única experiencia en el mundo donde un país decidió que las partes podían renunciar, no, ni siquiera podían renunciar, decidió soberanamente que en todo caso de arbitraje internacional dentro de sus fronteras, no cabía recurso de anulación, fue Bélgica.

Bélgica quiso hacer esta gracia, creyendo que con eso se iba a diferenciar de sus vecinos, donde sí la anulación es de orden público. Lo que sucedió en Bélgica es que al día siguiente que salió esta ley, no arbitró ni siquiera el autor de la ley, ¿ok?

Entonces, quedó demostrado, ya no por teoría, sino por experiencia real, que todo el mundo quiere una anulación de laudo, porque te garantiza condiciones mínimas para evitar la arbitrariedad de un árbitro. Lo que no se puede pretender es que los jueces arbitrariamente ingresen al fondo de la controversia, porque no son instancia de apelación.

Ése es el problema y hay que poner dentro de ese ámbito la discusión y no perderla, me parece.

Intervención de Manuel Villa-García Noriega

Muchas gracias, Fernando, Mauricio y Horacio. Les pido un aplauso.

CONFERENCIA: EL ARBITRAJE EN EL MARCO DE LA CCI. EXPERIENCIAS Y NOVEDADES

*Katherine González Arrocha **

Muy buenas noches a todos, muchas gracias por la invitación; es un placer para mí estar aquí con todos ustedes. Estoy un poco asustada, porque no sé cómo voy a llenar sus expectativas después del panel anterior, donde sólo oíamos carcajadas y risas y no creo que vaya a llenar esas expectativas a ese nivel; les voy a hablar de un tema un poco más aburrido, espero que no tanto.

Vengo a hablarles esta noche acerca de lo que son las nuevas políticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC para promover una mayor transparencia y eficacia en los arbitrajes que maneja esta institución.

Es muy común y se dice muy frecuentemente que cuando escuchamos de arbitraje CCI, no sería realmente una conferencia de CCI, si no hablamos un poco de estadísticas, así que les voy a presentar un poquito las estadísticas, para que ustedes vean dónde se ubica el arbitraje de la CCI hoy en día, y éstas son las estadísticas del año pasado, que se publicaron recientemente.

Unos 22,000 casos administrados desde la creación de la Corte, desde 1923; 801 casos registrados en el año 2015 y este número está

* Abogada por la Universidad Santa María La Antigua de Panamá; directora para las Américas de los Servicios de Resolución de Controversias de la ICC, con sede en la ciudad de Panamá; árbitro y consultora independiente.

en crecimiento, lo verán en la gráfica siguiente; 498 laudos proferidos; y 1313 árbitros confirmados o nombrados directamente por la Corte.

Aquí ustedes ven en esta gráfica el crecimiento del arbitraje, desde los años sesenta y ustedes ven que este crecimiento ha sido constante, teniendo en el 2015 unos 801 casos. Dentro de estos 801 casos en el año 2015, un 13% involucraba a entidades estatales y ésta es una estadística que ha sido bastante constante en los últimos años, es decir, que vemos una participación de los Estados de distintas partes del mundo en los arbitrajes de la ICC.

También vemos un crecimiento en escoger las sedes de arbitraje, que es una de las características del arbitraje de la CCI, esta facultad de poder escoger la sede del arbitraje, el idioma en el cual se va a manejar el arbitraje y, en vista de ello, tenemos partes provenientes de distintos países. En el 2015, de 133 países diferentes, 2,283 partes.

El origen de las partes. Ellas provienen, principalmente, como ustedes ven en esta gráfica, de Norteamérica y, dentro de las partes latinoamericanas, Brasil ha tenido en los últimos años un crecimiento muy importante a nivel de las demandas presentadas ante la ICC, vemos un mayor número de partes brasileñas en los arbitrajes de la ICC, ustedes ven aquí que ocupa el sexto lugar en el 2015 y, en años precedentes, ha estado más o menos en el mismo lugar, entre el cuarto y el sexto.

Aquí ven el origen de las partes latinoamericanas, esta gráfica les muestra únicamente las partes latinoamericanas. Interesante ver el crecimiento en Brasil, como les decía. Bueno, latinoamericanas y también de España, se incluyó a España aquí, que también son los que tienen un mayor número de casos, después le sigue Brasil y tenemos que, de partes peruanas hay, aproximadamente, un 6% a 7% dentro de esta gráfica.

Para hablarles específicamente de cuáles son estos avances que se han dado en estos arbitrajes, y en lo que es la administración de los arbitrajes

de la ICC, quisiera remitirme un poco a la historia bastante reciente. En esta última década, la Corte siempre se ha esforzado por velar por la eficiencia de sus procesos y, para ello, ha ido renovando sus prácticas y también modificando su reglamento sobre la base de estas prácticas y de la experiencia que ha ido adquiriendo a lo largo de los años. La última modificación del reglamento se hizo en el año 2012, pero antes ya habían comenzado trabajos en el 2005, específicamente, para tratar el tema de cómo reducir los tiempos y los costos de los arbitrajes, que es un tema de gran preocupación para los usuarios, porque se sentía que había una pérdida de lo que era la esencia misma del sistema arbitral, en la medida en que los usuarios finales se quejaban de una mayor lentitud en los procesos, y que los costos también estaban aumentando.

Entonces, a raíz de esto, la CCI, siempre la Red de Comités Nacionales que tiene en distintas partes del mundo, recibe estos comentarios, se preocupa por el tema, y a través de su Comisión de Arbitraje, va a comenzar a analizar este tema. Entonces, vemos que se publican varios documentos, en el 2005 se publican las Técnicas para la reducción de tiempos y costos de los arbitrajes y, luego, se inicia la revisión del reglamento, que concluye en el año 2012 cuando se publica el último reglamento que está en vigor, actualmente, desde enero del 2012 y les voy a hablar muy brevemente acerca de las principales modificaciones que se hicieron en ese reglamento, y las que han venido posteriormente; estas últimas políticas recientes desde principios de este año.

Entonces, a través de esta Comisión de Arbitraje, que cuenta con más de 400 miembros de distintas partes del mundo, se logra elaborar estos documentos a través de todo este proceso de consulta; estos miembros son designados por los comités nacionales, hay más de noventa comités nacionales en la CCI, representando a más de noventa países, y tengo el gusto de anunciarles que contamos ahora con un Comité Nacional en Perú, ICC Perú.

Justamente, esta mañana nos reunimos en una primera reunión de lo que esperamos sea una Comisión de Arbitraje muy sólida y, que permita el desarrollo del arbitraje internacional, también doméstico, pero con una proyección internacional ante la ICC, que no dudo que será el caso, porque ustedes cuentan ya con una vasta experiencia en materia arbitral y ya es tiempo para dar ese paso de proyectarse internacionalmente; por eso estamos muy contentos de contar con esta comisión.

Les decía, entonces, que se publicó una serie de documentos, entre esos está este reporte de controlar tiempos y costos, que también existe en español; ustedes pueden tener acceso a todos estos documentos a través del sitio web de la ICC. Recientemente, se publicó éste, en el 2014, sobre cómo manejar de manera efectiva los procesos arbitrales, dirigido, en particular, a los abogados de empresa, en todas las etapas del arbitraje, al momento de redactar la cláusula arbitral, cómo intervenir, por ejemplo, pero también a lo largo del proceso.

Dentro de esta guía, encontramos que las consideraciones principales son, por un lado, el análisis temprano del caso, es decir, que tanto los árbitros como las partes deben, desde el inicio, tomar en consideración estas guías para que los arbitrajes sean efectivos en cuanto a los plazos, en cuanto a fijar calendarios realísticos, establecer un procedimiento que sea a la medida, a la medida en el sentido de tener en cuenta la complejidad del caso, las partes, las nacionalidades de las mismas, los aspectos culturales, psicológicos que verán en el siguiente panel, y considerar también, a su vez, distintos métodos de solución de controversias.

Vimos esta tarde, en una conferencia del grupo de árbitros jóvenes de la ICC, ICC YAF, donde se trató, específicamente, el tema de los *dispute boards*, que son un mecanismo que está siendo utilizado con mayor frecuencia, y vemos en los contratos internacionales, estas cláusulas llamadas cláusulas escalonadas, que prevén distintos métodos de resolución de controversias. Por lo general, vemos la mediación combinada con el arbitraje, últimamente, estamos viendo los *dispute boards* combi-

nados con el arbitraje; y, dentro de estas guías, del manejo efectivo del arbitraje, está el considerar tener estas cláusulas en los contratos, que las tengan en cuenta, tanto los abogados de empresa, como abogados externos. Deben sugerir esto a sus clientes.

Les mencionaba que la última revisión del reglamento se hizo en el año 2012, y aquí es donde me voy a detener en unos aspectos relacionados con la eficacia del proceso, que se establecieron en el mismo reglamento como nuevos artículos que no existían anteriormente. Hay una obligación expresa, tanto para el tribunal arbitral como para las partes, de que el arbitraje se conduzca de una manera eficaz y de buena fe y el reglamento va, incluso, más allá, porque hay otro artículo aparte de éste, que dispone que los tribunales arbitrales podrán sancionar a las partes, puesto que podrán tomar decisiones en cuanto a costos o costas al momento del laudo final, en el cual se sanciona a una parte que no ha cumplido con esta obligación. Entonces, de esta forma, hay una consecuencia directa de la obligación que se puede reflejar en estas decisiones, en cuanto a costos en los laudos arbitrales.

El acta de misión. Tradicionalmente, el acta de misión, es un documento que debe elaborarse dentro de los dos meses siguientes al momento en que el tribunal arbitral recibe el expediente, esto lo prevé el reglamento actual y se los menciono, porque es uno de los puntos que se está discutiendo acerca de si se debe revisar y se debe recortar este plazo a un mes. Entonces, se busca acelerar el proceso al máximo y se va a exigir a los árbitros tener mayor cuidado con este aspecto, se los voy a mencionar también más adelante, cuando hablemos del tema de reducción de honorarios de los árbitros.

La conferencia sobre la conducción del procedimiento. Les decía que hay que tener en cuenta en todas estas guías, que cada caso debe ser analizado sobre la base de sus propias características, la complejidad del mismo, pero debe también hacerse todo este análisis desde una etapa muy temprana; y, por esto, en este reglamento del 2012, se prevé una

conferencia de conducción de procedimiento, que no existía en el reglamento anterior, en la cual se obliga a los árbitros a llevar a cabo esta reunión, puede ser por conferencia telefónica, con las partes, para establecer el calendario procesal que se va a desarrollar, y se establece como una obligación dentro de este reglamento.

Otra de las obligaciones es la relativa al cierre de la instrucción que, según el reglamento, debe realizarse tan pronto como sea posible, después de la última audiencia o bien después del momento en que se presentan los últimos escritos en cuanto a costos, el tribunal arbitral debe tomar una decisión. Esta obligación no existía en el reglamento anterior, ahora existe y debe tomar esta decisión, debe decir «aquí está el cierre de la instrucción»; y, por lo tanto, a partir de ese momento comienza a correr el plazo para la presentación del proyecto de laudo a la corte, porque según el Reglamento de la ICC, la corte que está conformada por miembros de distintas partes de mundo, que son designados por estos comités nacionales que les mencionaba, va a tomar las decisiones sobre el laudo, si aprobarlo o no, la revisión de ciertos aspectos que pueden llegar a ser aspectos de fondo, para llamar la atención de los árbitros cuando lo estimen necesario.

Los plazos en cuanto al laudo final. Dentro del Reglamento permanecen los mismos, es decir, el que existía anteriormente, que es de seis meses a partir de la firma del acta de misión. Este plazo es prorrogable a solicitud del tribunal arbitral, pero como verán más adelante, hay ciertos avances con relación a estas nuevas políticas de la corte.

Estas nuevas políticas se aplican a partir de casos registrados desde el 1 de enero de este año, y su objetivo principal es promover una mayor transparencia y garantizar una mayor eficiencia en los arbitrajes. Han sido todas publicadas a través de notas, notas que pueden encontrar en el sitio web y que detallan claramente cada uno de los aspectos que les voy a presentar.

La transparencia. Bueno, cuando hablamos de transparencia, es importante no confundir con la confidencialidad; se busca una mayor transparencia, lo que no quiere decir que se va a descuidar el aspecto de la confidencialidad o las expectativas de confidencialidad que tienen las partes sobre el arbitraje. Como ustedes saben, ésta es una de las que se vende como ventajas del arbitraje y que buscan las partes en la mayoría de los casos, que los casos se mantengan confidenciales.

Aquí lo que se procura es generar una mayor confianza en los usuarios del arbitraje, al ofrecer esta transparencia para palear con algunas críticas que han existido en los últimos años, como les decía, en cuanto a los costos del arbitraje, en cuanto al tiempo que está tomando; pero también, en cuanto al nombramiento de los árbitros.

Entonces, lo que se procura ante las partes es ser más transparentes, dar mayor información, pero siempre cuidando ese aspecto de confidencialidad; la corte no va a revelar, salvo que las partes estuviesen de acuerdo, los nombres de las partes en un caso. Lo que sí va a hacer y lo está haciendo desde junio de este año, es muy reciente, es publicar en el sitio web de la ICC los nombres de los árbitros que están actuando en arbitrajes ICC, y el objetivo es que esta información que se está dando abiertamente al público, procure demostrar la calidad de los tribunales arbitrales que existen en la ICC, y también que las partes puedan verificar cuándo un árbitro está actualmente actuando en casos o en varios casos de la ICC y, al momento del nombramiento, éste es un aspecto que las partes desean verificar, si el árbitro tiene disponibilidad, si tiene muchos arbitrajes.

Ahora bien, como les decía, el nombre de las partes no es revelado en el sitio web, para respetar esta confidencialidad. Si desean mayor información, las partes pueden referirse a la ICC, pero se respetará siempre esa confidencialidad.

En esta gráfica ven cómo se presenta esta publicación en el sitio web. Desde junio, como les decía, está esta publicación, y lo curioso es constatar que ningún árbitro está repetido, eso fue algo que constatamos recientemente; pero, bueno, esta publicación es sólo desde junio de este año, así que es muy temprano para llegar a conclusiones.

Otro de los objetivos buscando esta transparencia de publicar los nombres de los árbitros, es buscar una mayor diversidad de género, también de edad; y esto para responder también a las críticas que se dice que siempre son las mismas personas, que no hay rotación, que son personas de una misma región del mundo y de cierta edad. Ustedes lo ven, las estadísticas demuestran que es así, en realidad, los árbitros en América Latina en el 2015, cuarenticinco son de más de sesenta años, treintiséis entre cincuenta y cincuentinueve años, y treinticuatro de menos de cuarenticinco. Éste sigue siendo un número importante, porque responde a esa política que tiene la corte de fomentar una rotación en los árbitros, un nombramiento que exija esa diversidad.

Dentro de la diversidad de género, ahí la situación es un poco más grave todavía. Como ustedes ven, hay de 116 árbitros hombres, dieciséis mujeres únicamente. Pero, el actual presidente de la corte trabaja mucho en este tema de la diversidad de género y se demuestra a través del nombramiento de los actuales vice presidentes de la corte; la mitad son mujeres y la mitad son hombres. Entonces, hemos visto un cambio en ese sentido.

Dentro de estas nuevas políticas de garantizar mayor eficiencia, está el aspecto de la reducción de los honorarios que les mencionaba al inicio. ¿Cuándo se aplica?, se está aplicando desde ahora a través de una de estas notas que fue publicada, cuando hay retrasos injustificados en la presentación del proyecto de laudo, las notas dicen que debe presentarse a partir de tres meses desde la última audiencia o presentación de escrito, si es un tribunal arbitral de tres miembros; si es un miembro único, serían dos meses.

En ese caso, las sanciones serían las siguientes. Si el laudo es presentado para escrutinio siete meses después, en lugar de los tres meses, la reducción sería de 5% a 10%; si es diez meses después, de 10% a 20%; y más de diez meses después, puede ser hasta una reducción de 20% o más.

Siempre habrá una excepción, por supuesto, si es bien justificado que la corte esté convencida, que el retraso se deba a factores que estaban fuera de control del tribunal arbitral; entonces, en ese caso, no se aplica.

Otro aspecto importante también para tener en cuenta, es que la sanción también se aplica a la institución, es decir, la nota dice que si CCI se retrasa, o sea, el árbitro presenta a tiempo su proyecto de laudo y la CCI se retrasa en el escrutinio, en el análisis, se reducirán también los costos administrativos de la ICC.

Continuando con estas nuevas políticas que, como ven, hay muchas novedades en la corte de la ICC, hay muchos cambios, hay un presidente muy activo. Uno de estos aspectos que veíamos en el reglamento, que viene ya de reglamentos pasados, es que las decisiones de la corte, en cuanto a recusaciones de árbitros o en cuanto a nombramientos de árbitros o a falta de nombramiento de un árbitro, no son motivadas ante las partes. Esto respondía, ya por tradición de la corte, a una razón de eficiencia del proceso para garantizar que fuera más rápido, es decir, se notificaba la resolución, únicamente, de que ha sido confirmado o no, ha sido recusado o no, pero no se daba la motivación de esta decisión que fue tomada por estos miembros de distintas partes del mundo; siempre se toman por unanimidad o mayoría, después de un proceso de consulta y de decisión de cada caso.

El cambio, qué vemos ahora, después de una larga decisión durante largos años, de si se requería esta comunicación de esta motivación de decisiones, pues la conclusión ha sido que sí, y esta nota es de enero de este año, que está permitiendo que se conozcan las motivaciones de la

corte, siempre y cuando las partes lo soliciten. Las partes tienen que enviar una solicitud a la corte con tiempo, para conocer la motivación de estas razones y se está haciendo actualmente.

Ahora, si existe un acuerdo en conjunto entre las partes de solicitar que no se lleve a cabo, por supuesto, no se haría tampoco. Y si existen varias solicitudes, también hay la posibilidad de que esto conlleve un costo específico para las partes.

Ya estoy terminando, pero como ven y como les decía, hay muchos cambios, tantos, que ayer recibimos una última nota, porque estuvimos en reunión la semana pasada en New York, donde se reunió esta Comisión de Arbitraje y tenemos nuevos cambios.

Se está, actualmente, analizando la posibilidad de cambiar el reglamento en cuanto a ciertos aspectos, como les mencionaba, el plazo, por ejemplo, para el acta de misión, que se reduzca de dos meses a un mes, y otros aspectos más, pero todo esto debe ser sometido a la Comisión de Arbitraje para que esta comisión lo apruebe y, entonces, se pueda modificar el reglamento.

Las notas son guías que son publicadas directamente en el sitio web, y esta nota que ya existía, que era sobre la conducción del procedimiento, fue actualizada, y desde ayer ya existe oficialmente en el sitio web. Fue actualizada en cuanto a los siguientes puntos: el primero, en cuanto a la firma del acta de misión y el laudo, para procurar una mayor eficacia y rapidez, se permite que sean firmados electrónicamente y en hojas distintas para facilitar que la secretaría pueda reagrupar esto en un documento *pdf* y notificarlo de manera inmediata a las partes, en lugar de tener que esperar recibir un original por DHL, dependiendo del país de donde venga, o FedEx; eso tomaba cierto tiempo y retrasaba la notificación tanto del laudo, como del acta de misión. Entonces, aquí se busca recortar estos plazos y se permite la firma electrónica.

También se ofrecen ciertos servicios administrativos, como son, por ejemplo, permitir los depósitos en custodia, cuando se requieren o los impuestos de los árbitros, requerirlos en el país específico, el árbitro está sujeto a estos impuestos, se crean cuentas específicas; la asistencia al tribunal arbitral en cuanto a la organización de conferencias telefónicas, como tenemos estos arbitrajes con sedes en distintas partes del mundo, pues ofrecer estos servicios en distintas partes del mundo, con salas de audiencia y todos estos servicios de logística que se requieren, las reservas, los registros a los peritos, las reuniones, todos éstos son servicios de apoyo que va a ofrecer la corte, a través de sus distintas secretarías.

La secretaría principal está en París, pero, actualmente, se han abierto otras oficinas, existe una oficina en New York que está administrando casos, una en Hong Kong y hay proyectos de abrir otras que les voy a mencionar enseguida.

Dentro de estas decisiones que se tomaron en la reunión de la Comisión de Arbitraje del 16 de septiembre, que fueron adoptadas ayer oficialmente, se aprobó la revisión de un reglamento específico para garantizar un procedimiento expedito; en casos de pequeña cuantía o casos que requieran ese procedimiento expedito; entonces, un reglamento expreso para regular este tipo de arbitrajes, y también se está revisando un reglamento —que ya existe— de la CCI para actuar como nominadora de árbitros, en caso de que las partes lo soliciten y que no se trate de un arbitraje ICC, sino un arbitraje *ad-hoc* en el cual las partes requieren el nombramiento de la CCI como árbitro y únicamente van a pagar por ese servicio y van a continuar con un procedimiento *ad-hoc*.

Bueno, para terminar con esta buena noticia, como les decía, dentro de las distintas oficinas que existen de la corte de administración de casos, uno de los proyectos es abrir una oficina en Brasil, y esto ya ha sido anunciado, la decisión ha sido tomada. En Brasil, no sólo por la importancia del número de casos, como les mencionaba en las estadísticas, que están siendo administrados en la CCI provenientes de partes

brasileñas, sino también por un aspecto económico, en el sentido de que las partes, cuando transfieren fondos hacia la CCI, hay un impuesto de 40% que se les aplica, por lo tanto, el interés de crear esta oficina en Brasil es que las partes brasileñas puedan administrar los casos en *Reais*, que es la moneda nacional, por lo tanto, va a ser una oficina para Brasil para administrar casos brasileños. De igual forma, se está analizando la posibilidad de abrir oficinas en Shanghai y en India.

Para concluir, la finalidad de todas estas nuevas políticas, es aportar a la comunidad arbitral internacional ideas, sugerencias, acerca de cómo facilitar esa conducción de los procesos arbitrales internacionales. Desde luego, esto también tiene un efecto directo en los arbitrajes domésticos y esto es para promover una mayor eficiencia, una mayor transparencia dentro de todos estos procesos.

En lo que respecta a los procesos ICC, a los que ya maneja, siempre se busca preservar esa universalidad de los arbitrajes que persigue el mismo sistema ICC, y eso se logra gracias a estos comités nacionales que, repito, estamos muy contentos de contar con el Comité ICC Perú ahora, ya, formalmente, desde junio de este año.

Por último, quería hacer énfasis en que dentro de todas estas nuevas políticas, reglas y modificaciones al reglamento, siempre se tiene en mente que la responsabilidad para el éxito de un arbitraje, es una responsabilidad compartida, cuando es arbitraje institucional, la institución, por supuesto, tiene una gran parte de la responsabilidad, pero las partes y los árbitros la tienen también. En la medida en que todos asumen estas responsabilidades, se puede garantizar esa eficacia de los arbitrajes, sin olvidar que el arbitraje vale lo que vale el árbitro, como lo saben bien.

Muchas gracias.

11. NOVENO PANEL: INFLUENCIA DE LA PSICOLOGÍA EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Marlene Anchante Rullé (moderadora)

Irma Rivera Ramírez (ponente)

Ricardo León Pastor (ponente)

Alfredo Bullard González (ponente)

Intervención de Marlene Anchante Rulle

*Marlene Achante Rullé**

Bien, buenas noches. Vamos a asumir el reto del último panel, el reto es doble Kathy, porque éste es el último panel del Congreso 2016, que tiene como título «La influencia de la psicología en las decisiones del tribunal» y, entonces, después de diez años, nos hemos animado a incorporar en el congreso la dimensión psicológica dentro del arbitraje que es algo que por diez años, normalmente, se ha tratado sólo a partir de una mirada judicial, legislativa, en fin.

* Doctora en Antropología por la Pontificia Universidad Católica del Perú, psicóloga y magíster en Psicología por la misma casa de estudios, Directora Adjunta del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, Miembro del Consejo Técnico Consultivo del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Senace) y exvicepresidenta del Consejo Directivo de la Defensoría para el Proyecto de Gas Natural Camisea (DPC). En los últimos dieciséis años se ha desempeñado como especialista, consultora y capacitadora, en temas relativos al análisis y evaluación de conflictos, negociación, conciliación, diálogo, comunicación asertiva, participación ciudadana y reasentamiento involuntario, para instituciones tanto públicas como privadas y organismos multilaterales. Asimismo, ha investigado la relación cultura-poder-conflicto y el desarrollo, tanto a nivel de sus políticas como prácticas efectivas.

Bueno, antes de dar la palabra a quienes me acompañan, a Alfredo, Irma y Ricardo, yo quería hacer rápidamente una presentación que me parece, como psicóloga, que es fundamental tener todos y compartir, antes de escuchar las preguntas que les hemos pedido o sugerido a nuestros panelistas.

¿Por qué? Yo lo primero que les diría es «levanten la mano quiénes piensan que realmente en el arbitraje hay una dimensión psicológica que considerar». Excelente, comenzamos bien entonces, porque partimos de reconocer que, en efecto, hay una dimensión psicológica en estos procesos y dentro del panel, como se ha titulado, hay una preocupación sobre cómo es que se da este proceso psicológico de tomar decisiones en un tribunal arbitral y, entonces, es importante precisar que cuando los seres humanos, las personas, tomamos decisiones, éstas están influenciadas por nuestras percepciones, es decir, si pensamos en árbitros que tienen que tomar decisiones que al final van a repercutir en un laudo, esto no se escapa, como en cualquier otra actividad humana, del campo de las percepciones.

El comportamiento de la gente, fundamentalmente, se basa en la percepción de la realidad, no en la realidad en sí misma y, entonces, ésa es una primera cuestión que me parece importante dejar sentada.

Pero, también, cuando hablamos de percepción en los últimos tiempos, yo he escuchado algunas definiciones un poco al margen de la psicología, por decirlo de alguna manera, y creo que es importante también ponernos de acuerdo y aclarar el tema, percepción es un proceso cognitivo que implica la capacidad que todos tenemos, sin excepción, de recibir información del mundo externo, de organizar toda esa información y de interpretarla, darle un sentido y darle un significado; y eso hacen los árbitros, los profesores, hacen muchos profesionales, recibimos información del mundo externo, la procesamos, la interpretamos; y, a partir de eso, sin duda, vamos a tomar decisiones.

Pero, ese proceso no es sencillo, no es fácil, sino que lo tenemos tan incorporado, que a veces no nos damos cuenta y no somos conscientes de lo complejo que puede ser. Normalmente, cada uno de nosotros y, por supuesto, los árbitros, recibimos muchos estímulos, mucha información, cada caso de arbitraje implica una cantidad de información tremenda para los árbitros y toda esta información y todos los estímulos que recibimos del medio externo, los seres humanos no tenemos la capacidad de procesarlos por completo.

Entonces, la verdad es que todos los que estamos aquí, no tenemos la capacidad de asimilar toda la información, en todas las conferencias que hemos tenido a lo largo de este tiempo, cada uno ha ido agarrando lo que puede; nadie, estoy segura, ha sido capaz de asimilar toda la información que aquí se ha dado y lo que hacemos para poder procesar la información es fragmentarla, la partimos en pedacitos, cognitivamente nosotros vamos tomando algunas cosas; pero eso que tomamos, y ahí viene lo interesante, no es al azar, no es que lo que llega del medio yo lo agarro como pueda, sino que es algo que está, de alguna manera, marcado por qué intereses tengo, qué antecedentes tengo, qué experiencias previas tengo y, por supuesto, cuál es mi actitud hacia ciertos temas.

Es con eso que nosotros nos enfrentamos al mundo externo y empezamos a tomar cierta información, y eso es, en la práctica, parte de lo que viven los árbitros, recibir esa información, mucha información, tomar algunos elementos, procesarla y, para hacerlo, sin duda alguna, incluye en los árbitros como en cualquier otro ser humano, sus intereses —repito—, sus actitudes, sus experiencias y los antecedentes y el contexto en el cual se encuentran.

Pero, algo más, que ya la psicología ha trabajado, ese proceso de recibir la información para, finalmente, tomar una decisión, como es complejo, lo que hacemos las personas, normalmente, es tomar atajos y esos atajos se llaman sesgos cognitivos.

Esos atajos ¿qué significan? Hay atajos o sesgos cognitivos atencionales, por ejemplo, la percepción selectiva; yo, simplemente, de todo lo que hay, de todo lo que se está diciendo acá, «pum, pum», empiezo a enfocarme sólo en algunos temas que me llaman la atención por alguna razón que yo tengo. Hay otros atajos a ese nivel, digamos, atencional, que son conocidos en psicología como el efecto del halo, yo estoy frente a una persona, estoy, imaginemos, en una audiencia, tengo al frente a alguna de las partes o alguno de los árbitros y, es posible que nosotros en base a una característica que salta, generalicemos todo el comportamiento de quien tengo al frente; o, por ejemplo, el efecto de contraste, quién no sabe que cuando pasa una entrevista de trabajo, mucho depende de si fue el primero en ser entrevistado, el último o el intermedio y mucho depende de quién vino antes que nosotros o quién llega después, porque hay un efecto de contraste en la percepción y, por lo tanto, ahí va a ser muy interesante escuchar aquí a los panelistas, qué implica cuando los árbitros van recibiendo esa información, de qué manera la reciben y cómo impacta en ellos para ir tomando algunas decisiones.

Pero, también hay atajos o sesgos cognitivos a nivel de la interpretación de la información, no sólo de cómo yo estoy aquí y recibo la información, sino de cómo yo la interpreto, tengo atajos y esos atajos también la psicología ha trabajado largo y tendido, y aquí, simplemente, les voy a poner algunos que, probablemente, los panelistas van a referir.

Uno de esos atajos muy típicos, es conocido como el exceso de confianza, es decir, cuando nosotros estamos convencidos de nuestras ideas y creemos que realmente eso es así, nos vamos con todo y podemos, efectivamente, habernos excedido en una confianza personal y tomar decisiones equivocadas, al fin y al cabo.

Tenemos también el sesgo cognitivo del anclaje, ¿qué quiere decir? Quiere decir algo que nos pasa a todos, la primera información que nos llega, ésa nos captura, la que viene después es más difícil que prenda, entonces, yo me preguntaba cuando iba revisando los sesgos cognitivos,

¿qué pasa en una audiencia?, ¿qué pasa con un árbitro cuando llega primero una parte, o segundo la otra y le presenta determinados temas al inicio?, o el abogado de parte ¿cómo maneja esa situación, cómo presenta sus argumentos, antes o después?

Y, por supuesto, hay otro sesgo que tiene que ver, por ejemplo, con la disponibilidad, quiere decir que nosotros tomamos decisiones o no, normalmente. Los atajos van por tomar decisiones con información que me es fácil, con información que tengo disponible, o sea, hay una tendencia en el ser humano, a tomar decisiones rápidamente con información que la tiene fácil, que la tiene a la mano y, entonces, a partir de eso, de repente entrar a un proceso de generalización.

En el panel anterior, vi que se dieron cualquier cantidad de sesgos cognitivos, mientras las personas estaban hablando, porque cuando nosotros tomamos tres casos, seleccionamos tres casos de la muestra estadística y, a partir de eso, hay la tentación de querer generalizar, estamos ante un sesgo cognitivo, porque realmente ahí no podemos generalizar a partir de tres casos, no sabemos qué es lo que va a pasar, probablemente, tendríamos que ir hacia otras metodologías, como bien lo señaló Ricardo.

Entonces, hay otros sesgos que tienen que ver con la aversión al riesgo, personas que están aferradas a hacer las cosas de una manera y sólo quieren trabajar así, «ya me acostumbré a hacerlo así, ésta es la manera en que yo quiero hacer las cosas y me cuesta mucho poder cambiar el formato», con lo que ello implica, en términos de la innovación y la creatividad, para poder lograr, como decía Kathy hace un momento, arbitrajes que realmente sean más eficientes y no seguir aferrándonos a procesos que nos siguen complicando la vida en la gestión de los casos.

Bueno, igual otros como el aumento del compromiso, que es muy típico como sesgo cognitivo, cuando nosotros ya estamos en un esfuerzo, queremos seguir en él, a veces aunque somos conscientes de que es-

tamos equivocados, les debe haber pasado, en conversaciones con otras personas o en discusiones, incluso, de trabajo, que es evidente que estamos en un error, pero insistimos e insistimos porque ya llegamos a tal punto, que ya no hay forma de dar marcha atrás.

Entonces, todo eso es parte de lo que ocurre en nuestras mentes, es parte de lo que ocurre en todo proceso de interacción de los seres humanos y en los procesos de arbitraje se da interacción entre seres humanos, árbitros, partes, abogados de las partes, secretarios arbitrales, entre todos están interactuando, entre todos están brindando información y es posible que existan estos riesgos de sesgos cognitivos que, de alguna manera, van a perturbar una percepción más integral de las cosas.

Entonces, dicho esto, vienen las preguntas a los panelistas y comenzamos con Alfredo, a quien le sugerimos tres preguntas: ¿cómo influyen los sesgos cognitivos en la labor de los árbitros?; ¿cómo debe proceder un árbitro frente a un sesgo cognitivo?, primero, si el árbitro se da cuenta de que hay un sesgo cognitivo al frente o no; y, tercero, ¿tienen los sesgos cognitivos alguna afinidad con la falta de imparcialidad? Ok, Alfredo.

Intervención de Alfredo Bullard González

*Alfredo Bullard González**

Bien, como bien decía Marlene hace un momento, la psicología pesa y pesa mucho. La forma como decidimos está muy influenciada

* 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.

por estos llamados sesgos cognitivos y la característica principal de un sesgo es que, usualmente, no nos damos cuenta de él, es decir, tomamos decisiones sin saber que estamos tomando decisiones por un sesgo.

La idea de que los árbitros son engranajes lógicos que llegan a una decisión en base a un razonamiento perfecto, no es cierta. Los árbitros llegan a razonamientos a través de una serie de sesgos, de los que, usualmente, no son conscientes y que son controlados por el lado derecho del cerebro, que es el lado emocional y, por lo general, uno no advierte que lo está haciendo.

Vamos a ver algunos ejemplos, creo que es la mejor forma de explicar cómo influyen los sesgos. Hay un proverbio chino que dice que los jueces deciden por diez razones, nueve de las cuales nadie sabrá nunca, son un misterio. Es verdad, quien ha sido árbitro sabe que hay muchas razones que están presentes y muchas que uno ve.

Les voy a poner un ejemplo de un sesgo generado por un condicionante biológico. Éste es un experimento hecho en Israel, en el cual se evaluó a una serie de jueces, se analizaron 1,222 casos de sentencias de libertad condicional, ¿por qué? Porque era muy sencillo, era «sí o no», «te doy la libertad o no te la doy». Se trabajó con siete jueces y se hizo una estadística de las libertades que concedían frente a las que no concedían.

Pero, a alguien se le ocurrió considerar la hora del día en la que tomaban la decisión, para ver si esto tenía alguna influencia y esto es lo que arrojó. Arriba ustedes tienen los números de las libertades que se van concediendo y se van a dar cuenta de que durante el día van cayendo, para luego volver a subir y volver a caer y volver a subir y volver a caer.

¿Por qué ocurre esto? Acá ustedes tienen porcentajes de 70% de libertad condicional y, al final del período, ese porcentaje baja a 20% y luego vuelve a subir como a 70% y vuelve a bajar.

¿Qué cosa marcó la diferencia? Ustedes dirán distinta organización de los expedientes, no; distintos jueces, tampoco, eran los mismos jueces; la diferencia era dada por la hora en la que habían comido. Según la hora en la que el juez come, decide distinto; si tiene que tener un proceso lógico más exigente como para conceder una libertad condicional, entonces, usualmente, necesita más azúcar en la sangre. Ésta es una buena razón, una buena práctica arbitral, para tener varios *coffee breaks*, precisamente, para que los árbitros estén atentos a lo que tienen que hacer.

La razón es una razón evolutiva, es decir, las personas que cuando tenían bajo nivel de azúcar en la sangre siguieron pensando en otras cosas, se murieron y así fue como ocurrió, en las cavernas las personas que estaban pensando demasiado y no se preocupaban en comer, morían o sobrevivían menos. Ese sesgo lo tenemos evolutivamente, está definido así, en consecuencia, cuando nos falta comida, nuestro cerebro automáticamente, la parte racional deja de operar y la parte no racional, emocional —aunque vamos a ver que también tiene una racionalidad— es muy racional que coma cuando tengo poca azúcar en la sangre, se comienzan a desconectar otras funciones del cerebro a mis espaldas, yo no lo decido, el cerebro lo decide solo y ese efecto hace que yo piense y razone de manera totalmente diferente.

Quien ha estado en una audiencia con hambre, se da cuenta. Uno comienza a pesar «¿a qué hora cómo?; pase un sándwich», se desconcentra, funciona igual que su celular que cuando está baja la pila comienza a desconectar funciones y comienza a priorizar aquellas funciones que considera esenciales. El ser humano se ha programado a través del proceso evolutivo y esto es importante tenerlo en cuenta.

Emociones. Hay otro experimento que muestra, efectivamente, este efecto de *Bright & Goodman* y muestran fotos, hacen dos expedientes igualitos, casos penales, pero esto se puede aplicar a cualquier caso arbitral, tienen dos expedientes, los mismos hechos, las mismas

declaraciones, las mismas pruebas, la única diferencia es que muestran fotos en un expediente y no las muestran en el otro, y esas fotos son así, como éstas, con sangre.

Si se dan cuenta, las fotos no prueban nada sobre la autoría del delito, no hay ningún hecho que lo vincule al acusado; sin embargo, el grupo que no tenía fotos, condenó sólo al 8.8%; y el que tenía las fotos, condenó al 41.2% de los casos.

La foto tiene un efecto emocional. Cuando tú ves sangre, generas reacción, la reacción genera indignación, la indignación genera ira, la ira genera reacción de que tengo que hacer justicia y, a veces, ofusca la posibilidad de analizar los hechos y llegar a hacer justicia sólo por el efecto de indignación y, si no, pregúntenle a Fernando Cantuarias.

Yo dije hace un momento que no era racional, es que sí es racional, pero es una racionalidad profunda, desarrollada evolutivamente y de la que no somos conscientes. Tiene una función, de hecho, cuando hacen experimentos con escáneres y se los colocan a las personas y les muestran una situación que, usualmente, consideraríamos injusta, la parte del cebero que se ilumina, que se detecta en el escáner y se ilumina como reacción ante una injusticia, es la parte vinculada a la ira.

De hecho, la ira genera la tendencia a corregir lo que está ocurriendo y, en consecuencia, un juez que tiene cierto nivel de ira, es posible que sea más proactivo para conseguir una decisión, y un árbitro también, una decisión correcta. En consecuencia, uno tiene que darse cuenta de que hay elementos que pueden generar efectos emocionales, a favor o en contra, en cualquier procedimiento y los arbitrajes no están exentos de que eso ocurra.

El uso de palabras. Una palabra mal elegida puede tener un condicionamiento totalmente distinto y acá les voy a poner también otro ejemplo. Se colocó a varias personas mirando un video de un automóvil

chocando con otro frontalmente; todas las personas vieron exactamente el mismo video, pero a estas personas se les preguntó lo mismo «¿a qué velocidad venían los autos cuando chocaron?», pero hay una pequeña diferencia, la palabra que usaron, «¿a qué velocidad venía cuando aplastó al otro carro?, ¿a qué velocidad venía cuando colisionó?, ¿a qué velocidad venía cuando chocó?, ¿a qué velocidad venía cuando golpeó?, a qué velocidad venía cuando contactó?».

Sólo el cambio de la palabra en la pregunta, cambia la percepción de velocidad de las personas. Esto es importante; no es lo mismo en una audiencia arbitral decir «error» que «imprecisión», a pesar de que parece que son sinónimos, porque el uso de la palabra «error» genera o activa una reacción en el cerebro totalmente distinta que la palabra «imprecisión». Las palabras son importantes y, en consecuencia, la actividad persuasiva de un buen abogado, tiene que saber escoger las palabras correctas para marcar, de alguna manera, su capacidad persuasiva.

De hecho, se les preguntó a las personas si habían visto vidrios y la cantidad de personas que veían vidrios, era muy superior cuando la pregunta se basaba en una frase más fuerte.

Cada palabra en tus escritos, en tus alocuciones orales, en tus alegatos, debe estar pensada en esos términos.

El otro elemento importante es la empatía y con esto termino. Hay muchos otros sesgos, de repente vamos a tener oportunidad de conversar de otros, pero acá les menciono los más fáciles de explicar.

La empatía es un elemento esencial para poder persuadir a alguien. Usualmente, los abogados creemos que gritando, enfrentando o planteando objeciones mejoramos el nivel de defensa, pero, normalmente, esa actividad es antiempática, es decir, es antipática, no es empática y la falta de empatía, que es la conectividad que uno puede tener, preci-

samente, con el juzgador, afecta la capacidad que tiene él de darte la razón, porque los jueces no son robots.

Acá les pongo un ejemplo. Era una publicidad donde se decía que 232 millones de africanos mueren de hambre todos los años, 3.1 millones de niños mueren al año por desnutrición, unas cifras espantosas. La pregunta es «¿cuánto donarías para tratar de resolver ese problema?». Otra publicidad, Rakya —lamentablemente, no puede ver la foto— una niña muy linda, con una cara triste, de cuatro años, sufre de desnutrición y está muriendo de hambre, «¿cuánto donarías para evitar esa situación?».

Dos situaciones, una, desde el punto de vista lógico, es mucho más grave que la situación de una sola niña; sin embargo, lo que muestran las cifras, es que en el caso del uso de los números, simplemente, de las cifras, la donación promedio fue US\$ 70.2 y en el caso de la foto de la niña, fue de US\$169.

La empatía es un proceso, es ponerse en los zapatos del otro, hay que colocarse en los zapatos del juez y la empatía tiene una explicación cerebral, se llama las neuronas espejo, que son un conjunto de neuronas que tenemos en el cerebro y que tienen la capacidad de identificarse y sentir por otra persona. Se descubrió en los monos cuando, haciendo otro experimento, se les colocó un chip, un sensor y se les daba un plátano y el mono reaccionaba, pero de pronto alguien descubrió que cuando le daban un plátano y lo comía una persona con la que el mono simpatizaba, se generaba exactamente la misma reacción en el cerebro, es decir, las neuronas espejo hacen que tú te identifiques con la posición del otro.

Si tú generas empatía con un árbitro, es mucho más probable que el árbitro se identifique con lo que tú estás diciendo y reaccione emotivamente de manera similar a la que tú quieres. En pocas palabras, si tú tienes empatía y te indignas, es más probable que él se indigne, y eso

tiene que ver con el nivel de identificación y el nivel de identificación tiene que ver con factores muy subjetivos y emocionales, que el cerebro identifica, la empatía más tiene que ver con la sobrevivencia, con la formación de grupos que permitían sobrevivir en la época pre-histórica y que se ha trasladado hasta hoy día y lo seguimos teniendo.

Claro, si yo consigo empatía, si yo consigo caerle bien al árbitro, si yo consigo, por ejemplo, sonreír, no gritar, no generar incidentes, etc., el árbitro va a tener, naturalmente, una tendencia a escucharme de otra manera y va a generar esta situación.

Adam Smith siempre decía y lo explicaba de una manera muy gráfica, decía si a ti te cuentan que un millón de personas murió en un terremoto en China y, acto seguido, te muestran a tu mejor amigo al que le están cortando el dedo meñique, ¿con qué reaccionas peor?, ¿qué te afecta más?, tu amigo, por más que a él no le pasa casi nada y han muerto un millón de personas, ¿por qué? Porque la empatía hace que te identifiques más con el cercano y, entonces, generar empatía durante una audiencia, durante un proceso, es importante en términos del efecto persuasivo.

Entonces, básicamente, lo que les quería contar son estos sesgos que ayudan a entender, de alguna manera, la relevancia que esto puede tener en un proceso, para la persuasión, para entender qué cosa es lo que ocurre.

Esto significa parcialidad o imparcialidad, lo que, usualmente, llamamos parcialidad es un proceso consciente, en el cual yo le quiero dar la razón a otro. Éstos son mecanismos que funcionan a espaldas, que no necesariamente conducen al resultado que según los méritos del caso, deberían conducir, pero que afectan. Yo no me atrevería a llamarlo parcialidad; yo, simplemente, diría que son sesgos cognitivos que tenemos que conocer.

Intervención de Marlene Anchante Rullé

Gracias, Alfredo. Vamos ahora a darle la palabra a Irma Rivera. Irma ha preparado también una presentación, con la que vamos a dar con ella un pasito más en el tratamiento del tema.

Ella va a intentar resolver dos preguntas sugeridas: ¿qué destrezas legales son fundamentales para realizar una buena defensa en un arbitraje?; ya Alfredo ha ido dejando algunas pistas con este tema de la empatía y otras cosas más; y ¿cuál es la relación entre persuasión y causar convicción?; finalmente, ¿cómo nosotros podemos valernos de conocer y de entender y hacernos conscientes de cómo funcionan los sesgos cognitivos para lograr persuadir a otro, o darle la vuelta a otro en la toma de decisiones?

Entonces, los dejo con Irma.

Intervención de Irma Rivera Ramírez

*Irma Rivera Ramírez**

Buenas noches. Primero quiero darles las gracias a todos por la invitación, especialmente, a la universidad, al comité organizador, quiero felicitar a César por esta nueva etapa en su vida profesional, les quiero confirmar que estoy feliz de estar en Lima, me encanta venir a su país y me encanta venir a esta ciudad y estoy encantada de compartir el último panel de este congreso.

* 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.

Tengo un tema que no es fácil, pero es muy interesante y quiero que empecemos a hablar de qué podemos hacer para presentar la mejor defensa en un trámite arbitral o en un proceso judicial.

La primera respuesta que les quiero dar a ustedes, es que no hay una fórmula única, no hay una fórmula mágica que yo les pueda decir, «A+B les va a dar AB o C».

¿Qué es lo que acá va pasando? Cómo presentemos nuestro caso o cómo presentemos nuestra defensa, va a depender un poco de qué posición nosotros tengamos en el trámite arbitral. No es lo mismo la posición de la parte convocante, a tener la posición de la parte convocada, no va a ser lo mismo presentar nuestro caso en un sistema en donde haya reglas del *Common Law* o donde haya reglas del *Civil Law*.

Una de las reglas que son más afines al derecho, que es la ciencia en la cual nosotros somos expertos, es la psicología, como lo ha planteado la doctora. El derecho lo producen, lo ejecutan, los seres humanos. Ningún ser humano está libre de sesgos, yo no creo que haya una imparcialidad absoluta, los seres humanos intentan ser imparciales, pero no lo son.

En ese orden de ideas, de qué parte seamos en ese trámite arbitral, va a depender de cómo presentemos nuestro caso y cómo defendamos nuestra posición. Para poder saber qué destrezas tenemos que utilizar, lo primero que uno tiene que hacer es un análisis de a qué riesgos se ve expuesto.

¿A qué me refiero con riesgos? Toda actividad humana está expuesta a riesgos y la identificación de esos riesgos, nos va a poder permitir trazar una ruta y, una vez identificados, cuantificarlos, qué tipos de riesgos tengo. Una vez identificados estos riesgos, ¿qué puedo hacer?, ¿qué mecanismos puedo emplear para mitigarlos?

Ustedes dirán, ¿qué mecanismos uso para mitigar esos riesgos identificados? Pues, las destrezas y una de las destrezas que vamos a utilizar,

una de las herramientas que podemos emplear, es la psicología. Los abogados, la mayoría de nosotros, acabamos siendo psicólogos empíricos.

Cuando ustedes llegan a una audiencia, tienen que entender perfectamente cuál es el rol que tienen en una audiencia, no es lo mismo actuar de árbitro, actuar de parte o, en algunas ocasiones, ser cliente. La aproximación al conflicto va a cambiar, no es lo mismo cuando nuestro cliente, por ejemplo, es una persona natural o cuando nuestro cliente es una corporación o una compañía. Para una compañía un pleito de US\$ 40 millones de dólares puede ser un pleito más, para una persona un pleito de US\$ 1,000 dólares puede ser el pleito de su vida; y la aproximación a las necesidades que nosotros debemos satisfacer de nuestro cliente, puede ser la diferencia entre prestar un buen servicio o un servicio regular.

Pero, un punto que es fundamental para nosotros como abogados cuando enfrentamos un trámite arbitral, es entender cuáles son las motivaciones de nuestro cliente y qué es lo que nuestro cliente quiere con ese trámite arbitral, porque el enfoque va a cambiar.

Hay clientes que lo que quieren es iniciar un trámite para provocar una negociación y eso es importante tenerlo en cuenta. Si el nivel de agresividad con el que iniciamos el trámite, cierra las puertas de la negociación, no va a ser posible lograrlo. Algunos autores americanos sugieren que, no obstante, cuando se inicia un litigio o un trámite arbitral, la puerta de la negociación no se debe cerrar.

Desde el punto de vista psicológico, no es normal que la gente quiera verse involucrada en un conflicto; nadie quiere estar peleando, así le paguen a la gente por pelear. A la gente no le gusta estar discutiendo, la gente quiere solucionar sus diferencias.

Una recomendación que se hace como una destreza para manejar el caso de nuestro cliente en un tribunal arbitral, es «no cierren la puerta

de la negociación», ¿cómo la podemos cerrar si afectamos —perdonen la expresión— psicológicamente a la otra parte o al abogado de la otra parte?

Muchas negociaciones se cierran, simplemente, porque el nivel de conflicto entre los representantes de las partes es tal, que aunque el arreglo sea la mejor solución, nunca se va a lograr.

Destrezas importantes que se deben tener para representar a nuestros clientes en los trámites arbitrales, las que parecerían obvias, son destrezas sustanciales, destrezas procesales. No debemos abusar de la confianza; éste es un factor psicológico que afecta a muchos abogados, muchos abogados creen que tienen la información cuando ni siquiera han leído los reglamentos a los cuales su trámite está obligado a seguir, creen tener la información y, básicamente, no la tienen.

Hay que ser estratégicos, eso parecería obvio; pero, la estrategia tiene un componente psicológico muy importante, hay que saber cómo se transmite la información, cuándo se transmite y a quién se dirige.

En cuanto a la forma en que se establecen los equipos, quiénes los integran, ¿estoy haciendo equipo con mi cliente?, ¿estoy haciendo equipo con los terceros que me van a ayudar a sustentar mi caso?

Tengo que tener capacidad de redacción. Los trámites arbitrales se caracterizan, yo diría que en el 90% de los casos, por ser relaciones directas entre las partes, los apoderados y el tribunal. En la mayoría de nuestros países, cuando estamos hablando de la rama judicial, salvo los que tienen ya un sistema oral bastante desarrollado, nosotros vemos de manera puntual o nos comunicamos de forma muy limitada con los jueces. En los trámites arbitrales, la relación con los árbitros es tan directa como la que ustedes están teniendo conmigo, así lo que utilicemos sean medios tecnológicos, no sé, para vernos en tele presencias o en videoconferencias o en conferencias telefónicas.

Hay un punto o una destreza a la que me quiero referir de manera especial y es la de la comunicación. Cuando nosotros utilizamos esa destreza, es muy importante entender, desde el punto de vista psicológico, qué queremos transmitir, qué tipo de lenguaje queremos utilizar.

En trámites arbitrales, como en la vida diaria, tenemos lenguaje verbal, tenemos lenguaje escrito y tenemos lenguaje no verbal, ¿miramos a las personas a la cara?, ¿no las miramos?, ¿en qué ambiente cultural me estoy moviendo?

Cuando hablamos, por ejemplo, de arbitraje internacional, es muy importante saber que para ciertas culturas, por ejemplo, mirar directamente a los ojos es una falta de respeto. En nuestras culturas, no mirar a la cara o no mirar a los ojos, puede ser interpretado de manera distinta.

La forma en que hablamos. Yo puedo hablar de manera directa con un árbitro, ¿lo puedo tutear o no lo puedo tutear?, si lo tuteo, ¿eso va a generar rechazo del árbitro hacia mí? o si lo «usteo», —no sé si ése es el término que ustedes usen aquí en Perú— ¿va a generar un rechazo hacia mí?

Recuerden que los árbitros son seres humanos, como nosotros, y eso los puede afectar en la percepción que tienen de quien está presentando el caso de su cliente.

Una vez que nos ubicamos y podemos utilizar de manera eficiente esa herramienta tan importante que es el lenguaje, ¿qué buscamos?, transmitir ese mensaje, ¿para qué?, para persuadir, para convencer.

¿Qué hacemos los abogados cuando estamos frente a un juez o a un tribunal arbitral?, convencer, persuadir. Miren lo que dicen las definiciones del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* sobre los términos «persuadir» y «convencer». Persuadir es «inducir, mover, obligar a alguien con razones a creer o hacer algo»; y convencer es «incitar, mover con razones a alguien a hacer algo o a mudar de dictamen o

de comportamiento. Probar algo de manera racionalmente que no se pueda negar».

Para mí, la persuasión es una forma de causar convicción. Cuando nosotros estamos frente a un tribunal, estamos convenciendo a sus árbitros de que la posición de nuestro cliente es la correcta, estamos buscando que nuestra posición jurídica coincida con la tesis que hemos presentado.

Algunos aspectos que son importantes, no solamente desde el punto de vista jurídico o psicológico, es que para esos árbitros o para esos jueces, el relato tiene que ser lógico, tiene que ser coherente, debe generar credibilidad y confianza en lo que ha pasado durante el trámite y lo que se ha logrado demostrar. El relato tiene que estar soportado no solamente desde el punto de vista fáctico, sino jurídico.

Cuando logramos entretelar las habilidades legales con las habilidades de persuasión y transmitimos el mensaje de manera correcta, las probabilidades de que nuestro caso sea exitoso, aumentan sustancialmente. Siempre va a pasar que, aunque se haya hecho todo el trabajo humanamente posible, que no exista además ningún remordimiento de que haya quedado ningún cabo suelto, el resultado no sea el esperado.

La diferencia entre ganar o perder un caso puede ser ese factor psicológico que no logramos controlar o manejar de ese tribunal arbitral o que, simplemente, no captamos.

No obstante eso, los quiero dejar con esta frase, miren lo que dijo Aristóteles, «No hay nada en el entendimiento que no haya pasado por los sentidos».

Muchísimas gracias.

Intervención de Marlene Anchante Rullé

Muchísimas gracias, Irma; muy interesante.

A partir de lo que, finalmente, ha planteado ella de la persuasión, dos cosas puntuales que comentar. Hay varios estudios en psicología que demuestran que los seres humanos, entre los tres y cinco primeros minutos de la interacción, marcamos.

Creo que es un dato muy relevante para espacios como el arbitraje y, segundo, no olvidemos que la persuasión también es un proceso de interacción; es decir, no solamente es yo, la parte, y mi abogado que tengo que persuadir al árbitro; el árbitro también tiene que persuadirnos de que la justicia que está decidiendo es y que nosotros, de alguna manera, finalmente, vamos a aceptar y vamos a entender y el árbitro o, en general, el tribunal arbitral también tiene que persuadir con los resultados de sus laudos, tanto para el que gana como para el que pierde.

Entonces, hay todo un proceso de interacción a nivel de la persuasión de todos los factores que están jugando en el proceso y que no se limitan solamente a los árbitros y las partes.

Nosotros, en el Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la universidad, que gestionamos y administramos procesos, sabemos perfectamente que todo este tema de persuasión va más allá de los espacios de las audiencias, todo está en el día a día, en las relaciones, en los correos que van y que vienen, en cómo nuestros secretarios van interpretando lo que nos dan los árbitros, lo que nos dicen las partes y nos vamos dando cuenta en la cotidianidad de que, realmente, hay toda una dimensión muy interesante donde se van forjando estos sesgos cognitivos y estos desafíos en las relaciones en el mundo del arbitraje.

Ahora, vamos a darle la palabra, para terminar, a Ricardo León, a quien se le han sugerido dos preguntas también. Una es ¿en la realidad

nacional puede considerarse que los llamados árbitros pro contratistas o pro entidad, actúan bajo los efectos de sesgos cognitivos?; y la segunda, ¿cómo deberían proceder las partes ante estos casos?

Ricardo, tienes la palabra.

Intervención de Ricardo León Pastor

*Ricardo León Pastor**

Bueno, muchas gracias por la invitación, gracias a César Guzmán-Barrón por su extraordinario desempeño y conducción al frente del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica en los últimos diecisiete años; no es poco y mucha suerte en los caminos que toca recorrer en el futuro.

Estoy muy contento, porque éste es el Décimo Congreso, pero ésta es la primera vez que me invitan, así que es bueno volver a casa, he sido profesor por muchos años aquí en la universidad.

Lo segundo es que estoy preocupado por el sesgo del tiempo, porque están cansados, no quieren escuchar a un tipo más hablando sus cosas de sesgos y cosas que, probablemente, algunos consideren que

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

no son relevantes, así que voy a tratar de ser breve y, probablemente, tomarme menos del tiempo asignado.

Como soy algo disciplinado, yo he escrito esta pequeña intervención, no voy a tener tiempo —no se preocupen— de leerla, son cinco páginas; pero, si quieren la leen, está en mi *blog*, que es www.leonpastor.com.

Bien, quiero decir dos cosas. Uno, a mí sí me preocupa, porque todos aquí han sugerido, mis queridos colegas con tan interesantes participaciones, que los sesgos influyen en la toma de decisiones, lo que creo que a estas horas de la noche nadie va a discutir, simplemente, porque todos estamos muy cansados y no tenemos voluntad para discutir. Pero, además, de ser cierto, desde el punto de vista psicológico, antropológico, psicológico, económico, político, etc., sí hay un peso importante, me parece, en los temas de imparcialidad.

Alfredo terminó diciendo que no estaba muy seguro si los sesgos, al final del día, eran un problema de parcialidad o no, porque los sesgos son inconscientes y la parcialidad debe ser consciente, esa distinción no me queda para nada clara.

Me parece que todos andamos sesgados por la vida, los árbitros también y yo ando muy preocupado porque soy árbitro, entonces, trato de ser consciente de mis propios sesgos y creo que soy un observador de los sesgos de mis demás colegas, que son procesos muy interesantes cuando estamos viendo audiencias y la parte más sabrosa, ésta, la que los abogados no ven, cuando los abogados se van, porque empieza el raje de los miembros del tribunal contra ese abogado, «qué gordo, qué pesado, mira qué cantidad de idioteces ha dicho», me estoy, creo que «cantuarizando» a estas horas de la noche.

Todo esto sucede, les cuento, sucede, felizmente no se filma, porque estaríamos en grandes problemas los árbitros; sucede, porque los árbitros estamos sesgados respecto a un conjunto de percepciones que cada cual ha tenido y que no son las mismas, como decía Marlene, porque,

eventualmente, tres árbitros metidos en la misma sala, a la misma hora, escuchando a los mismos abogados, tenemos tres películas y pinturas diferentes del caso. Eso ¿cómo se explica?, porque cada uno está sesgado, porque tiene diferentes experiencias en la vida, tiene diferentes cosmovisiones, es hincha de diferentes partidos de fútbol o no les gusta el fútbol, ha leído diferentes libros y, en consecuencia, tiene diferentes aportes al momento de captar la información, como decía Marlene, de percibirla y, en particular, de interpretarla.

El gran problema de un árbitro es cómo mete nueva información en su mapa mental. Hay ocasiones felices donde la nueva información es muy consistente con el mapa mental y, entonces, no hay ninguna disonancia cognitiva, me controlará Marlene. Pero, hay momentos en que la información es muy contradictoria con lo que ese árbitro sabe o ese árbitro espera y esa disonancia provoca muchos problemas psicológicos para procesar la información y lo que termina haciendo el árbitro es filtrar la información y se queda con lo que le interesa, o le conviene, o le gusta y lo demás lo bota y no lo bota explícitamente, sino que hay un mecanismo muy sabio que tiene el cerebro, que se llama el olvido y, simplemente, se olvida y no es mala leche, no es que quiera olvidar, es que, simplemente, su cerebro no filtró la información que era disonante con lo que esperaba o lo que quería.

Entonces, mi argumento es, creo que sí hay un problema de imparcialidad cuando un árbitro está sesgado; el problema más grave es que todos estamos sesgados, ¿cómo se resuelve eso?, yo había traído definiciones aquí de la doctrina legal, no las voy a leer, simplemente, voy a mencionar una de ellas, «imparcialidad supone que estés libre de sesgos y de preconceptos», una definición básica de imparcialidad.

Bueno, pero los árbitros no estamos libres de sesgos y no estamos libres de preconceptos, ¿qué hacemos, entonces?, para todo problema tiene que haber algún o algunos remedios.

Antes de lanzar solamente dos, quiero decir lo siguiente, ha habido diferentes líneas de investigación sobre qué es realmente importante cuando un tomador de decisión decide, clásicas y antiguas y más contemporáneas.

Entre las clásicas y antiguas está la dogmática jurídica, está la filosofía legal, está la teoría del derecho, que te dice que lo importante para un tomador de decisión es que se apegue al derecho, se apegue a la ley, en la medida en que, como hablaban otros miembros de paneles anteriores al nuestro, un juez, por ejemplo, ha sido designado profesionalmente para tomar decisiones, nadie se acerca al juez por su linda cara o por su conocimiento legal, se acercan al juez porque no tienen otro remedio, porque es el que les tocó y porque nadie quiere las preferencias personales del juez; lo que quieren es la aplicación de una regla jurídica sobre la cual las partes organizaron un caso y antes del caso legal organizaron una conducta. Entonces, lo que queremos las partes son decisiones fundadas en derecho, necesitamos reglas jurídicas claramente establecidas o declaradas en el marco de un proceso.

En el caso del arbitraje, hay diferencias, porque, claro, a algunos sí los buscan por su linda cara, por su gran cerebro, por su fama, por su prestigio, por lo que fuere y las partes pueden escoger a los árbitros; sin embargo, las partes no solamente quieren preferencias personales, no quieren saber si al árbitro le gusta el helado de chocolate o de vainilla, necesitan unas reglas jurídicas declaradas, de ahí la importancia de la motivación y toda la discusión que tuvimos hace una hora.

Dicho esto, la línea clásica jurídica ha sido la dogmática jurídica, la filosofía legal y todo el mundo muy inteligente europeo-continental y algunos anglosajones, han dicho que es muy importante establecer una línea de investigación para, leyendo la motivación de un fallo judicial o de un laudo arbitral, entender qué ha sido lo realmente importante y lo realmente determinante para llegar a la decisión de fondo.

Otra línea de investigación más contemporánea ha sido una línea donde, éste es un punto de vista ya no interno de abogados, es un punto de vista externo de críticos del derecho; se les conoce en el mundo anglosajón *social-legal studies*, como estudios socio-legales, básicamente, algunos economistas críticos, algunos sociólogos, algunos psicólogos y lo que dicen es «no seas ingenuo, oye tú jurista dogmático, las decisiones no se toman por las tres cosas que escribe el árbitro o los tres motivos formales que escribe el juez en su resolución judicial o en su laudo arbitral, eso es ser realmente ingenuo; las decisiones se toman de otra manera, se toman por solidaridades, se toman por solidaridades de clase, de grupo social, de formación, experiencia, procedencia económica, etc.».

Luego, los jueces o los árbitros cuando toman esa decisión, y no la toman por un procedimiento formal de toma de decisiones, luego buscan ponerle un ropaje jurídico y, al final, poner unos pretextos ahí, para que no los molesten mucho, porque al final eso es adorno, lo que es realmente importante nunca lo vamos a saber, porque no se publica.

Ésta es toda la línea de investigación crítica, escéptica, sobre lo que serían los argumentos propiamente o netamente normativos o jurídicos.

Ambas líneas de investigación han avanzado mucho en el mundo, pero se pelean. Uno de los autores que cito en el artículo que les comento es Schedler, que es uno que ha criticado mucho estas líneas divergentes de argumentación teórica y ha dicho que unas podrían, eventualmente, aprender de otras y de sus hallazgos, eso está por verse, porque yo he tenido oportunidad de hacer las dos cosas, tengo una maestría en sociología legal y tengo una maestría en teoría legal, entonces, me he juntado —un poco promiscuo— con los dos tipos de académicos y, efectivamente, no se quieren mucho y, efectivamente, en sus congresos no asisten los del otro grupo, unos siguen la tribu de la sociología legal y otros siguen la tribu de la teoría legal, no conversan, ¿por qué?, porque creen que están recíprocamente equivocados, los teóricos legales acusan a los sociólogos de no entender el fenómeno jurídico, netamente jurídi-

co; y los sociólogos acusan a los teóricos legales de ser ingenuos, porque se creen los papelitos que escriben los árbitros y los jueces.

Sea como fuere, hay bastante investigación al respecto y ustedes la pueden chequear.

Ahora, vuelvo ¿qué es lo realmente importante en la toma de decisiones? A mí me parece que son las dos cosas, que hay unos motivos legales que hay que atender, por supuesto, porque tienes que cumplir la misión de árbitro, que es tomar una decisión basada en derecho, pero que hay un conjunto de sesgos que consciente o inconsciente van corriendo, están ahí e influyen.

¿Qué habría que hacer? Hay, incluso, como acreditan los psicólogos contemporáneos, dos sistemas de pensamiento que tienen que ver con esto, el que llaman sistema 1 y me estoy refiriendo al famoso psicólogo y Nobel de Economía, Daniel Kahneman, que también está citado en el artículo, sistema 1, sistema intuitivo, decisiones muy rápidas, muy afectadas por sesgos; y, por otro lado, sistema 2, muy metódico, muy racional, muy ordenado, que es el tipo de razonamiento experto que se espera de los árbitros antes de tomar una decisión. Sin embargo, ambos sistemas corren al mismo tiempo y ambos influyen, me parece, cuando un árbitro está razonando, recíprocamente.

Entonces, ante la pregunta ¿qué es realmente importante?, me parece que las dos cosas. Te late el corazón, tienes tu corazoncito de algún color, tienes una formación en la vida y una experiencia en la vida que traes al arbitraje y de la que no te vas a poder salir, porque no puedes dejar de ser tú, antes de entrar a la sala de reuniones, sigues siendo tú con todos esos sesgos; sin embargo, también pones en marcha el sistema 2, proceso metódico, ordenado, racional, paso por paso, para tratar de controlar, precisamente, los sesgos, que te puedan llevar a error, que vienen típicamente instalados en el sistema 1.

Así que yo me quedaría con una frase de Schedler, que les recomiendo mucho que revisen y que se lean el artículo que está citado en el mío, en el que dice «si tú quieres, de alguna manera, derrotar la imparcialidad, tienes que mandar al asiento trasero tus preferencias personales», que las tienes. Me gusta la frase, porque tienes que mandarlas al asiento trasero del vehículo, o sea, no puedes sacarlas del vehículo y tienes que poner al volante al sistema 1, al raciocinio propiamente jurídico, a un raciocinio metódico que, como dicen los anglosajones, puede tomar en consideración todas las circunstancias.

Y el mensaje para los árbitros será, debatamos honestamente, pongamos todas las cartas sobre la mesa y, a partir de ahí, tratemos de organizar un debate que sea lo más racional posible, porque los sesgos van a seguir ahí, aunque ojalá, de manera segura y con su cinturón de seguridad en el asiento trasero.

Gracias.

Intervención de Marlene Anchante Rullé

Muchísimas gracias, Ricardo.

Solamente quiero regresar al inicio de nuestro panel, que les pedí levantar la mano para ver cuántos de ustedes creían que la dimensión psicológica era importante en el marco del arbitraje y, siendo que la mayoría de ustedes dijo que sí, entonces, en mi condición de psicóloga, humildemente me atrevo a decir lo siguiente: en el mundo de la publicidad y del marketing se ha empezado a usar todo el tema de la psicología, de la persuasión, de conocer cómo funciona la mente, cómo toma decisiones, cómo se juegan los sesgos y eso se incorpora para poder persuadirnos a comprar ciertas cosas.

En el mundo del arbitraje, hay un desafío para todos los que participan, de persuadirse mutuamente en esos procesos de toma de decisión. Quizá sea interesante pensar en los próximos congresos y en otros espacios que tengan como abogados en darle un espacio a los temas psicológicos, porque creo que por ahí también van a hallar algunas luces para tener arbitrajes como ustedes quieren que se tengan.

Gracias.

Invito al doctor Guzmán-Barrón para cerrar, porque ya estamos con el tiempo y agradezco, por supuesto, al panel, gracias a cada uno de ustedes.

12. PALABRAS DE CLAUSURA DEL DOCTOR CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

En realidad, creo que para cerrar ya es un momento corto, porque andamos todos muy agotados, no sé si psicológicamente agotados; pero estamos agotados.

Solamente quería agradecerles mucho por estos diez años que han pasado y decirles que, efectivamente, vamos pasando por la vida y quería compartir con ustedes una gran satisfacción y es que dejando de ser director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, estoy pasando a ser presidente de la Sección Nacional de la Cámara de Comercio Internacional del Perú y continuaré, por tanto, en estos temas.

Agradecerles a cada uno de ustedes por esta historia larga de arbitraje en el Perú y continuaremos en ella. Agradecerles mucho a quienes hoy día nos han acompañado, siempre se usa esa frase «es un panel de lujo», pero creo que, realmente, Ricardo, debimos haberte invitado desde el primer congreso; Alfredo sí está desde el primero congreso; Irma nos acompaña todos los años y nosotros nos quedamos admirados de la disposición que tiene para acompañarnos; y Marlene está acompañándome durante estos diecisiete años como directora adjunta y estoy seguro de que continuará con la dirección de este centro y muy bien.

Muchas gracias.

ACTAS DEL DÉCIMO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

LIMA 2016

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