





**ACTAS DEL UNDÉCIMO CONGRESO  
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE  
CARC - PUCP, LIMA 2017**



*Volumen 56 Biblioteca de Arbitraje del*  
**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Actas del Undécimo Congreso  
Internacional de Arbitraje  
CARC - PUCP, Lima 2017**

**CENTRO DE  
ARBITRAJE**



**PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ**



Universidad Católica  
**San Pablo**

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

**ACTAS DEL UNDÉCIMO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE  
CARC - PUCP, LIMA 2017**

© 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

© UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO  
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro  
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, anexos 200, 300 ó 390  
www.ucsp.edu.pe

Primera edición, setiembre 2018

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 2018-13459

ISBN: 978-612-4400-04-9

Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
1. Introducción	
1.1. Palabras de presentadora	11
1.2. Palabras inaugurales de Marlene Anchante Rullé	11
1.3. Palabras de Silvia Rodríguez Vásquez	15
2. Mesa 1: Responsabilidades en la contratación pública	17
<i>Victor Madrid Horna</i>	
<i>Gastón Fernández Cruz</i>	
<i>Elvira Martínez Coco</i>	
<i>Leysser León Hilario</i>	
<i>Alfredo Bullard González</i>	
3. Mesa 2: Cuestiones clave en la Ley de Contratación Pública	59
<i>Mariella Guerinoni Romero</i>	
<i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i>	
<i>Ricardo Rodríguez Ardiles</i>	
<i>Ricardo Gandolfo Cortés</i>	
4. Mesa 3: Anulación de laudos y Poder Judicial	93
<i>Alfredo Soria Aguilar</i>	
<i>Ricardo León Pastor</i>	
<i>Rigoberto Zúñiga Maraví</i>	
<i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i>	

5. Mesa 4: Temas de cuidado en el arbitraje 131  
*María del Carmen Tovar Gil*  
*Cecilia O'Neill de la Fuente*  
*Franz Kundmüller Caminiti*  
*Silvia Rodríguez Vásquez*  
*Rodolfo Miranda Miranda*
6. Mesa 5: Ética y corrupción en el arbitraje 173  
*Eric Franco Regjo*  
*Katherine González Arrocha*  
*Mario Castillo Freyre*  
*Walter Albán Peralta*
7. Mesa 6: Lecciones aprendidas en arbitrajes de inversiones 213  
*Verónica Sandler Obregón*  
*Roque J. Caivano*  
*Luis Miguel Velarde Saffer*  
*José Daniel Amado Vargas*  
*Irma Rivera Ramírez*

## NOTA DEL EDITOR

En septiembre del año 2017 se llevó a cabo el Undécimo Congreso Internacional de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Este evento es muy importante en el Perú, ya que se trata del congreso de arbitraje más antiguo e ininterrumpido. Además, se pudo constatar el progreso del mismo, así como la creciente y notable presencia del Centro de Arbitraje de la PUCP en la comunidad jurídica peruana, el que ha tenido a bien brindarnos las actas del referido congreso y permitirnos publicarlas como venimos haciéndolo desde sus inicios.

La *Biblioteca de Arbitraje* agradece este gesto y las estas actas con el compromiso de seguir apoyando una iniciativa permanente y reiterada que enriquece el arbitraje y fomenta su difusión.

Lima, agosto del 2018

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

---

\* Abogado, Magíster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. [www.estudio@castillofreyre.com](http://www.estudio@castillofreyre.com)



## **ACTAS DEL UNDÉCIMO CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE**

### **PALABRAS DE LA PRESENTADORA**

A nombre del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, les damos la cordial bienvenida al Undécimo Congreso Internacional de Arbitraje PUCP, espacio dedicado al intercambio de información, conocimientos y experiencias en materia de arbitraje.

Las palabras de inauguración estarán a cargo de la doctora Marlene Anchante Rullé, Directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Les cedemos la palabra.

### **PALABRAS DE MARLENE ANCHANTE RULLÉ**

Buenas tardes. Sean ustedes bienvenidos y gracias porque nos honran con su presencia en nuestro Congreso de Arbitraje, que ya tiene una tradición ganada año a año, desde su primera versión allá en el 2007.

El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú tiene una misión con la sociedad y esa misión es poder empoderar y dar soporte a los distintos actores, gobierno, sociedad civil, sector público, sector privado, para que transformen sus conflictos en oportunidades de desarrollo; y, así, contribuir a la cultura de paz de nuestro país.

Y en coherencia con dicha misión, nuestra institución apuesta por un abanico de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, con-

ciliación extrajudicial, mediación, facilitación, arbitraje, *dispute boards*, entre otros.

Hoy nos reunimos para intercambiar experiencias, conocimientos y reflexionar sobre uno de estos mecanismos alternativos: el arbitraje.

Estamos convencidos de que la comunidad arbitral vive un momento que debe ser de reflexión sobre el futuro del arbitraje en el Perú, porque si bien existe una historia de gran esfuerzo para desarrollar este mecanismo en el país, también sabemos todos que hay dificultades y problemas éticos que lo empañan.

En esta undécima versión del Congreso de Arbitraje, queremos transmitir nuestro interés y preocupación por la coyuntura que vive el país con relación a los arbitrajes.

Nuestro centro está convencido de que la ética debe ser entendida como un proceso estratégico en los centros de arbitraje. Nos toca brindar garantías para enfrentar adecuadamente los problemas y dilemas éticos en materia de arbitraje.

En respuesta a ello, con ocasión de este congreso, es que hemos elaborado un programa, que ustedes han recibido al llegar y que no repetiremos, pero sí les diremos que los temas han sido elegidos con sumo cuidado por su trascendencia académica, profesional y por la coyuntura actual.

Con el propósito de llevar adelante dicho programa, hemos convocado a un grupo de profesionales expertos en arbitraje. Debo decir que esta tarea no ha sido fácil, pues hemos tenido que optar por algunos de ellos para este año y estamos muy agradecidos con los ponentes por haber aceptado nuestra invitación. Por tanto, durante los tres días que durará el congreso, los expertos compartirán con nosotros y nosotros con ellos.

Finalizando estas palabras, quisiéramos mencionar que con ocasión de los cien años de nuestra universidad, de los cuales nos sentimos muy orgullosos nuestro rector ha señalado que «para la PUCP el tiempo que viene, son años que requieren cambios, transformaciones, y mejoras significativas». En palabras del Rector Marcial Rubio, «como universidad estamos reflexionando y tratando de avanzar». Lo mismo es válido para el servicio de arbitraje que la universidad brinda a través de su Centro de Análisis y Resolución de Conflictos y este congreso es expresión de ese espíritu de la casa.

Antes de finalizar, deseamos agradecer a los auspiciadores de este Undécimo Congreso Internacional de Arbitraje. Gracias a Telefónica del Perú, auspiciador *Platinum* que nos acompaña por cuatro años consecutivos; de igual manera, nuestro profundo agradecimiento a los auspiciadores *Gold*, dos de los cuales nos han auspiciado en tres oportunidades, el Estudio Osterling y el Estudio Miranda y Amado. Gracias también al tercer auspiciador *Gold*, el Estudio Olaechea, por su colaboración en cinco oportunidades.

Adicionalmente, queremos agradecer el auspicio *Silver* de Tafur Asesores y Consultores, Capuñay & Cieza Abogados, así como Juárez, Hospinal & Latorre Abogados.

Por otra parte expresamos también nuestra gratitud al Estudio Mario Castillo Freyre, por su apoyo como colaborador, colaboración que nos brinda ininterrumpidamente desde la primera edición de este congreso.

Por último, señalar que este 2017 contamos con el apoyo institucional del Comité Internacional Perú de la Cámara de Comercio Internacional y de la *Young Arbitrators Forum*, ICC YAF.

Muchas gracias por venir y declaro inaugurado el Undécimo Congreso Internacional de Arbitraje. Gracias.

## **PALABRAS DE LA PRESENTADORA**

Brevemente, antes de continuar, les solicitamos por favor que ubiquen las salidas de emergencia del auditorio, las que estén más cercanas a sus ubicaciones y que, por favor, apaguen sus teléfonos celulares.

La dinámica de las exposiciones del congreso será la siguiente: cada ponente contará con quince minutos para su exposición, por lo que, habiendo transcurrido los primeros doce minutos, les mostraremos una tarjeta color amarillo para que puedan concluir su ponencia en los siguientes tres minutos; de haberse cumplido los quince minutos, les mostraremos una tarjeta color rojo indicando que el tiempo ha finalizado. Terminada la presentación de los ponentes, tendremos quince minutos de preguntas de los asistentes, para lo cual nuestro personal pasará a recoger las preguntas en los formatos que se entregaron en su registro al inicio de este evento.

A continuación, daremos inicio a las ponencias, presentando la primera mesa, la cual está enfocada en las responsabilidades en la contratación pública. Los ponentes de esta mesa son Víctor Madrid Horna, quien nos hablará de la responsabilidad del contratista ejecutor; también tenemos la participación del doctor Gastón Fernández Cruz, quien nos hablará de la responsabilidad del proyectista; contamos además con la presencia de la doctora Elvira Martínez Coco, quien nos hablará de la responsabilidad del supervisor; seguidamente, tendremos al doctor Leysser León Hilario, quien nos hablará de la responsabilidad de la entidad; finalmente, tenemos la presencia del doctor Alfredo Bullard González, quien nos hablará de la responsabilidad del árbitro en el marco de la contratación con el Estado.

Antes de iniciar con las ponencias, quisiera darle la palabra a la doctora Silvia Rodríguez Vásquez para que se dirija a ustedes.

**PALABRAS DE SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Buenas noches, soy Silvia Rodríguez, Secretaria General de Arbitraje, y quisiera dirigirme a todos ustedes para decirles que hoy contamos con la presencia de una persona muy especial para nosotros; es el Presidente de la Corte de Arbitraje, el doctor Jorge Avendaño, quien nos está acompañando el día de hoy y, coincidentemente, es su cumpleaños; por lo cual, les pido un aplauso para él.

El doctor Jorge Avendaño nos acompaña en la Corte de Arbitraje desde el año 2002, año en el que se inició y, desde acá, le damos muchísimas gracias por el apoyo constante que nos brinda. Muchas gracias.



## MESA 1: RESPONSABILIDADES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Víctor Madrid Horna*

*Gastón Fernández Cruz*

*Elvira Martínez Coco*

*Leysser León Hilario*

*Alfredo Bullard González*

### RESPONSABILIDAD DEL SUPERVISOR

*Elvira Martínez Coco\**

Agradecer, como siempre, la gentil invitación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, que me ha invitado para que me ocupe de este tema: la responsabilidad del supervisor. Así que mejor comienzo yo, porque los demás temas van a ser más agradables y tienen cosas más interesantes, probablemente, que van a cautivar al auditorio.

El supervisor de la obra, ¿quién es?, es el *tucuy rikuy*, los ojos y oídos de la entidad. El supervisor de la obra es una persona natural o jurídica elegida por la entidad, responsable de controlar de manera permanente

---

\* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; tiene estudios de maestría en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú y de doctorado en derecho civil por la Universidad de San Martín de Porres. Es docente universitaria y árbitro con más de 400 laudos; experta en derecho civil patrimonial y contrataciones y adquisiciones del Estado; y autora y coautora de libros, numerosos artículos académicos e investigaciones jurídicas. También es ponente a nivel nacional e internacional.

y directa los trabajos efectuados por el contratista de la obra. Así lo ha señalado claramente una opinión del OSCE, la Opinión n.º 010 de este año.

En el artículo 159 del reglamento modificado, nosotros encontramos justamente esta definición, en relación tanto al inspector como al supervisor de obra, porque durante la ejecución de la obra debe contarse de manera permanente y directa con un supervisor, ya sea persona natural o jurídica. Obviamente que cuando se trata de una persona jurídica, ésta debe designar a la persona natural que estará de manera permanente en la ejecución de la obra.

La pregunta del millón es ¿cuándo responde el supervisor?, ¿de qué es responsable el supervisor? Obviamente, es responsable del incumplimiento de sus obligaciones y/o de sus funciones. En primer lugar, va a responder cuando cree que es Dios, es decir, cuando cree tener el don de la ubicuidad que solamente le pertenece a Dios, y cree que puede estar en todas partes al mismo tiempo. El supervisor de obra —lo señala la ley claramente— cuando es persona natural o cuando es persona jurídica, el jefe de supervisión, no puede prestar servicios en más de una obra a la vez, salvo el caso de obras convocadas por paquete. Ésta es una perfecta aclaración que se ha hecho en la nueva normatividad, numerales 159.3 y 159.4 del reglamento modificado.

En segundo lugar, debe responder cuando no controla los trabajos ejecutados y esto parte del hecho de que la entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través de su *tucuy rikuuq*, es decir, a través del supervisor, que es el responsable —como lo señala el reglamento— de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra, y del cumplimiento del contrato. La norma nos dice algo más, ahora, además de la oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra. Obviamente que cuando hablamos de administración de riesgos tenemos que entender que se trata de administración de riesgos en la que puede meter la

mano el supervisor, porque el supervisor no puede meter la mano en la administración de riesgos de la empresa, es decir, del propio contratista. Normalmente, administrar los riesgos significa tratar de obtener la mayor rentabilidad que se pueda dentro de una empresa y nadie le va a enseñar al otro «cómo mover su chingana». Estamos hablando de factores externos que pueden coadyuvar en determinado momento a desequilibrar el equilibrio contractual y tratar de buscar la salida más razonable, en función de cómo enfrentar esos riesgos para minimizar los costos que tendrá que asumir el contratista, si son mayores, y que después van a tener, obviamente, también que ser asumidos por la entidad. Creo que es la única manera en la que podemos entender esta «colita» adicional que tiene el artículo.

¿Cuáles son ejemplos prácticos de los cuales podríamos hablar de falta de control? Probablemente muchísimos. Dentro de los que más se presentan, por ejemplo, está el tema de los vicios ocultos —seguramente de eso se ocupará después Gastón—, cuando no controla la correcta ejecución técnica de la obra, pues va a ser responsable el contratista por no controlar la correcta ejecución de la obra. Ahora, la ley, a través del Decreto Legislativo n.º 1341 en su artículo 40.2, señala que el contratista es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos y lo señala por un plazo no menor de un año, contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad.

Más allá de mi discrepancia, que seguramente será compartida por los panelistas que siguen, no es posible, pues, hablar de un vicio oculto que se comienza a contar a partir del momento en que la conformidad es otorgada por la entidad. Es el mismo terrible error que comete el Código Civil en saneamiento por vicios ocultos, cuando dice que el plazo de caducidad se cuenta a partir del momento en que se celebra el contrato. La característica del vicio oculto es que no se puede ver y el plazo debe comenzar a correr a partir de que aparece, a partir del momento en que nos damos cuenta, a partir del momento en que lo oculto se hace evidente, a partir de ese momento recién debe comenzar

a correr el plazo. Ese mismo problema que tenemos en el derecho civil y que pronto, pues, lo corregirá la comisión presidida por el doctor Fernández Cruz —lo digo en voz alta porque no le dijeron su título hace un rato—, se corregirá este tema, porque el vicio oculto debe contarse a partir de que aparece.

Pero, un momento, la pregunta que debemos hacernos todos es, ¿el contratista responde por el vicio oculto?; está bien, fue el culpable; pero ¿qué culpabilidad tiene también en este tema el supervisor? Si el supervisor es el encargado de controlar la correcta ejecución técnica de la obra, quiere decir que ha estado en todo momento en la revisión de los planos, está desde el momento en que se remueve la tierra, desde el momento en que se abren las zanjas, debe estar controlando la dimensión de los tubos, que se pongan las columnas, etcétera. El supervisor, obviamente, también debería responder por los vicios ocultos.

Debe responder cuando valoriza más de lo realmente ejecutado, porque esto significa no controlar la correcta ejecución económica de la obra. En más de un arbitraje hemos sido testigos de cómo el supervisor ha valorizado en algunas ocasiones más de lo que realmente se ejecutó, aprobando valorizaciones hechas en exceso también por el contratista y acá, pues, obviamente también debería tener responsabilidad.

Otro incumplimiento de las obligaciones del supervisor se presenta ante el hecho de que el supervisor no puede ser juez y parte; y ha habido un adelanto en la normatividad actual de contrataciones cuando se nos dice que el supervisor no puede, en una misma obra, ser ejecutor ni integrante de su plantel técnico. Aleluya por esa parte, numeral 1 del artículo 160 del reglamento actualizado. Pero, obviamente, y esto es mucho más importante todavía, es que tampoco debería ser el proyectista de la obra. La mayor cantidad de problemas prácticos que vemos en las ejecuciones de la obra son justamente porque el proyectista, que luego se convirtió en supervisor, no admite los errores del expediente técnico que él mismo hizo; y ¿cuál es el costo de no admitir los errores

del expediente técnico que él mismo hizo? Que al no admitir sus errores, pues, sencillamente, el contratista va a pedir ampliación de plazo por el error del expediente técnico; va a pedir adicionales de obra que no son aprobados, pero van a haber retrasos tremendos en la obra y no va a otorgar las ampliaciones de plazo que deberían de ser procedentes, cuando evidentemente están modificando la ruta crítica.

¿Qué va a pasar? Que esto va a ir a arbitraje y en el arbitraje se va a declarar que esas ampliaciones de plazo debieron haber sido concedidas y, adicionalmente, porque así lo manda la ley, se le van a otorgar los mayores gastos generales que corresponden. Y si ha renunciado a los mayores gastos generales, va a primar esta estupenda opinión del OSCE —yo pocas veces alabo al OSCE—, pero ahora tengo que alabarlo, porque ha dicho que las renunciaciones coetáneas o anteriores al otorgamiento de una ampliación de plazo, no se pueden considerar como válidas, tienen que ser posteriores al otorgamiento porque hay, obviamente, un desnivel entre la situación en la que se encuentra el contratista que necesita la ampliación de plazo y quien tiene el poder para concederla.

Y, entonces, después van a haber arbitrajes que van a probar esto. La entidad va a tener que asumir estos costos y ¿no debería poder repetir contra ese proyectista supervisor?; y la respuesta es, obviamente, que sí.

Debe haber incumplimiento de las obligaciones y/o funciones del supervisor cuando nos enfrentamos a las falsas ideas, a esas verdades entre comillas que dicen los supervisores en más de un informe. El supervisor debe ser una persona calificada en la contratación pública; es más, se dice que debe tener absolutamente todos los requisitos que debe tener el residente de obra para llevar a cabo su tarea; y no se puede encontrar informes —y los he visto muchísimo, los hemos visto todos en materia arbitral— en los que se afirma que la suma alzada genera que el contratista asuma los errores del expediente técnico. Eso no es así, el contratista asume lo que tiene que hacer, lo que se comprometió a hacer por ese precio, pero no asume los errores del expediente técnico

que darían lugar a un adicional de obra, que tienen que ser tratados como adicional de obra y pagarse de esa manera; además, la ley lo señala expresamente y hay una opinión del OSCE, que es la n.º 061, que la tienen en pantalla, que justamente nos dice eso.

Y finalizo, muy respetuosa yo del tiempo que me han dado, haciendo mías unas palabras de Rómel Solís Carcaño, en su libro sobre la supervisión de obra: «Es cierto que la supervisión de obra puede ser un factor determinante, tanto para el éxito como para el fracaso de un proyecto. Un número grande de problemas estructurales y de servicio en las construcciones no son atribuibles a deficiencias de diseño o de los materiales, sino principalmente, al mal desempeño de la supervisión. El profesional que desempeña el trabajo de supervisor de obra se enfrenta no sólo a problemas de carácter técnico, sino también a conflictos generados por la interacción humana. Además de las competencias necesarias para afrontar los problemas de carácter técnico y humano, el supervisor debe contar con un conjunto de valores y actitudes positivas para un adecuado desempeño de su labor».

Y éste, finalmente, es el mensaje con el que todos debemos quedarnos: valores. Valores a nivel del contratista, valores a nivel del proyectista, valores a nivel del supervisor, valores a nivel de la entidad, valores a nivel de los árbitros. Si las personas tienen valores, la historia de nuestro país va a ser diferente.

Muchas gracias.

**RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA EJECUTOR**

*Victor Madrid Horna\**

Muy buenas noches. Agradezco la invitación para participar en este destacado panel y voy a desarrollar, de la manera más rápida posible, algunas ideas generales sobre la responsabilidad del contratista, porque, obviamente, existen muchas cosas por decir, también enfocado en la responsabilidad del contratista dentro del ámbito de las contrataciones con el Estado.

Queda claro que en la relación del contrato de obra, las obligaciones que corren a cargo de cada una de las partes son bastante conocidas y, de hecho, tienen un soporte general en lo que regula el Código Civil en materia de contrato de obra que, seguramente, vamos a repetir las por ahí.

Yo quería, básicamente, compartir algunas ideas generales. Empiezo diciendo que el contratista es, fundamentalmente, uno de los actores más importantes en la contratación pública, en el caso de obra, en particular, que juntamente con la entidad, forman un binomio muy interesante. Ya la doctora Elvira ha alcanzado también una idea de la interacción de los sujetos o los actores que participan en esta relación contractual.

Podríamos decir que el contratista tiene, de manera general, distintos ámbitos de responsabilidad, sin utilizar el término de responsabilidad en sentido técnico. Hay una responsabilidad precontractual

---

\* Abogado con estudios de maestría en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, árbitro y docente universitario, capacitador en formación continua en materia de arbitraje, y experto en arbitraje, derecho civil patrimonial, derecho procesal civil, derecho administrativo y contrataciones con el Estado. Asimismo, fue secretario del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, autor de numerosos artículos especializados en arbitraje y ponente en seminarios y conferencias a nivel nacional e internacional.

también, que luego se va a hacer visible al momento en el que el contratista empieza a ejecutar la obra, y tiene que ver con los alcances y el contenido, por ejemplo, de sus ofertas. Ése es un tema que es para conversar, pero no lo voy a tocar ahora por el tiempo. Asimismo, hay una responsabilidad contractual evidente, que tiene que ver con las obligaciones que están comprometidas en el contrato que corren de cargo del contratista. Hay una responsabilidad administrativa en contrataciones con el Estado, que tiene que ver con un régimen de sanciones al que está sujeto el contratista. Y también hay una responsabilidad penal, que se hace particularmente relevante en este contexto y que, además, de una u otra manera, ha sido recogida por las modificaciones del reglamento.

En el caso de la responsabilidad contractual, el artículo 40 de la ley señala, en principio, que el contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato. Es una definición simple, pero potente a la vez. El contratista está obligado, es un contrato que genera obligaciones y estas prestaciones a cargo del contratista son las que se tienen que realizar, de acuerdo a los principios que gobiernan el pago, es decir, en los términos, condiciones y plazos convenidos.

La norma que estoy comentando, introduce un régimen especial que tiene que ver con una responsabilidad que debe estar incluida en el programa contractual y que en ningún caso debe ser inferior a siete años. Esto merece todo un comentario, es decir, un plazo de este tipo es realmente importante y significativo para los contratistas, porque vamos a ver cómo eso se traduce en el cumplimiento de las obligaciones de saneamiento; y, sobre todo, de aquéllas vinculadas con los vicios ocultos.

Otro aspecto interesante a comentar en el caso del artículo 40 y las obligaciones, es el referido a que ahora con el numeral 40.5 se obliga a que todas las entidades incluyan la cláusula de no participación en prácticas corruptas. Esta cláusula de corrupción, que tiene que ver mucho con la coyuntura que estamos atravesando, genera una obligación

adicional en los contratistas y también va a generar algún mecanismo o algún remedio en cabeza de la entidad para poder resolver o nulificar el contrato; ya lo vamos a comentar.

Desde el punto de vista de las obligaciones o de la responsabilidad concreta del contratista, vamos a encontrar lo que hemos mencionado: que el contratista está obligado a ceñirse a los términos y condiciones del contrato; pero, como ya sabemos, en el ámbito de las contrataciones, someterse a lo acordado en el contrato no solamente se limita, obviamente a los términos y condiciones plasmados en el texto del contrato, sino también tiene que ver ahí la remisión al expediente técnico que incluye los planos, las especificaciones técnicas, la memoria descriptiva, el proyecto de obra, la oferta ganadora en los términos que están comprometidos también ahí, documentos del proceso de selección que establecen reglas definitivas que también son vinculantes, y los documentos derivados del procedimiento de selección que establecen obligaciones para las partes.

Entonces, el contratista, si se dan cuenta, desde el punto de vista creditorio, está vinculado a una serie de obligaciones que, incluso, van más allá del texto, de la literalidad del contrato y que la norma regula de manera específica, y el contratista tiene perfectamente conocimiento de ello. Esto, sin perjuicio de las obligaciones generales que informan la propia ley en relación a la firma del contrato, al otorgamiento de garantías, a admitir la cláusula de resolución por incumplimiento, ahora la cláusula de corrupción, el régimen de controversias, etcétera.

Yo he puesto algunas obligaciones previstas en el nuevo reglamento, solamente título de repaso. Ahí estoy enumerando algunas obligaciones que son de cargo específico del contratista: solicitar la aprobación para subcontratar, designar al residente de obra, brindar facilidades al inspector o supervisor de obra, asumir el costo de supervisión en caso de atraso imputable a él, ejecutar el contrato con el personal que estuvo ofertado, realizar la valorización de metrados con la supervisión, cum-

plir con avances parciales y presentar calendario acelerado en caso de retraso, ampliar garantías en caso de adicionales aprobados, asistir a la recepción de la obra, entregar los planos y la minuta de declaratoria de fábrica o memoria descriptiva valorizada, etcétera.

O sea, el reglamento ahora se ocupa de establecer de manera mucho más puntual —siempre han existido estas obligaciones— los compromisos obligatorios con los que tiene que correr el contratista. Podríamos decir, a modo de síntesis —y sobre esto seguramente vamos a hablar luego—, que si resumimos de manera gruesa las responsabilidades de índole contractual que están en cabeza del contratista, tenemos que ellos asumen una responsabilidad a través de la imposición de penalidades. Se hace efectivo un nivel de responsabilidad patrimonial, obviamente que corre a cargo de la entidad; quedan expuestos también a la resolución por incumplimiento en caso se acumulen penalidades o se generen incumplimientos significativos. Esto también puede conllevar a la exposición de la ejecución de las garantías; ahora también están expuestos a la nulidad y resolución por supuestos de corrupción y, eventualmente, a responder por daños y perjuicios.

O sea, desde una perspectiva contractual, el contratista que contrata con el Estado, dentro del marco del contrato, queda sometido a un abanico de responsabilidades de índole patrimonial y que, obviamente, nosotros en la práctica, en los arbitrajes, vemos con mucha frecuencia. Generalmente, las ampliaciones de plazo, los adicionales, los mayores gastos generales, etcétera, están vinculados a estos mecanismos de tutela a los que está constreñido el contratista; pero el contratista no solamente tiene una responsabilidad contractual creditoria evidente y que incluye las obligaciones de saneamiento, sino también está sometido a una responsabilidad administrativa que corre de manera simultánea a las obligaciones contractuales.

Por ejemplo, la Ley de Contrataciones, en el artículo 50, hace un catálogo de las infracciones que van a acarrear escenarios de imposición

de sanciones en cabeza del contratista. Por ejemplo, desistirse y retirar injustificadamente su propuesta; incumplir la obligación de perfeccionar el contrato; contratar con impedimentos; subcontratar sin autorización; ocasionar que la entidad resuelva el contrato; no proceder al saneamiento de vicios ocultos; incumplir obligaciones del contrato, que genera un mecanismo de tutela creditoria en cabeza de la entidad y, simultáneamente, también genera una responsabilidad de índole administrativo; presentar información inexacta a las entidades, al Tribunal de Contrataciones o al RNP; presentar documentos falsos; registrarse como participante o suscribir acuerdos marco sin contar con inscripción vigente del RNP; etcétera.

Son obligaciones que, si bien es cierto pueden estar aparejadas con una responsabilidad contractual, también generan una responsabilidad administrativa; y, obviamente, van a llevar a la imposición de sanciones en su perjuicio.

Los contratistas, independientemente de la responsabilidad obligatoria propia del contrato, también tienen que afrontar en contrataciones con el Estado, los eventuales escenarios de multa e inhabilitación, ya sea temporal o definitiva. Es decir, el incumplimiento de una obligación que debería de suyo solamente generar un mecanismo de tutela creditoria, en el caso de las contrataciones con el Estado, también los expone a la imposición de multas, es decir, de procesos sancionadores que el Tribunal de Contrataciones va a llevar a cabo contra el contratista. Entonces, el contratista, digamos, tiene una suerte de doble apercebimiento.

Sin perjuicio de esto, también hay una responsabilidad penal, que no es que sea privativa de las contrataciones con el Estado, ni mucho menos; pero, tiene una particular dinámica en las contrataciones con el Estado, sobre todo ahora en relación a la cláusula de corrupción, es decir, las entidades están obligadas, bajo responsabilidad, a formular denuncias cuando adviertan la comisión de delitos que, generalmente, en la práctica contractual de contrataciones con el Estado, tienen que

ver desde la presentación de documentos falsos o información inexacta, hasta verdaderos actos de corrupción.

Hay una variedad de delitos que en la práctica se suelen ver, como fraude en remate, licitaciones y concursos públicos, que está previsto en el 241; la falsificación de documentos; la falsedad ideológica también; la negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo; colusión simple y agravada; cohecho pasivo propio; entre otros delitos que también podríamos nosotros destacar.

Yo quería, de paso que hago esta reflexión general sobre el régimen de la responsabilidad que le toca al contratista, terminar con una reflexión. En el régimen de la contratación con el Estado se genera una serie de controversias, que hoy en día se evidencian en el número enorme de arbitrajes, controversias que duran un montón de tiempo y demandan una cantidad de costos y recursos, tanto para el Estado como para los contratistas.

Muchas veces uno se pregunta ¿por qué hay tantos arbitrajes con el Estado?, ¿por qué se generan tantos arbitrajes? y ¿por qué es toda una preocupación en la agenda nacional el régimen de la contratación con el Estado? Yo creo que en parte esto no tiene que ver necesariamente con los problemas contractuales, que de suyo surgen en todo contrato, en toda ejecución contractual; sino, muy probablemente, por la dinámica particular que tienen las contrataciones con el Estado. El Estado, como ya vamos a ver a continuación, también está sometido a una serie de responsabilidades que generan una tensión permanente en la ejecución contractual. O sea, el funcionario se ve obligado a penalizar, se ve obligado a no pagar, se ve obligado a denunciar, duda cuando tiene que aprobar un acto, avance, una valorización. Entonces, el contratista está dentro de esa dinámica compleja en la que también interviene el supervisor, intervienen los plazos, interviene la acumulación de penalidades y las garantías que están expuestas.

Se genera una dinámica contractual en sede de ejecución muy particular, no digo que estas situaciones no se presenten en la contratación privada, también las hay; donde hay contrato y donde hay ejecución siempre van a haber controversias y discrepancias; sin embargo, en la contratación pública, en esta mesa vamos a reflexionar a propósito de la intervención o de la participación de los distintos actores, en donde no solamente podemos observar de manera estática la obligación del contratista, sino también, como acabamos de escuchar, la del supervisor y su tremendo rol en la ejecución contractual; o la del proyectista; o la de la entidad. Entonces, de alguna manera vamos desenredando la madeja de este problema para entender por qué y de qué manera se dan los problemas de los que nosotros hoy en día somos testigos, de la cantidad de arbitrajes.

Bueno, con esta reflexión inicial, termino. Seguramente vamos a seguir participando, a través de este destacado panel, de las otras posiciones que también intervienen en la contratación con el Estado.

Muchas gracias.

### RESPONSABILIDAD DEL PROYECTISTA

*Gastón Fernández Cruz\**

Buenas noches. Como siempre, las palabras iniciales para agradecer la invitación al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de cuyo elenco de árbitros formo parte.

---

\* Abogado y magíster en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asimismo, tiene estudios de jurisprudencia en la *Università di Bologna*; es socio del Estudio Fernández & Vargas Abogados; docente universitario y árbitro. A la vez, es autor de numerosos artículos académicos y coautor de libros, también es ponente y conferencista a nivel nacional e internacional.

En realidad dudé mucho en venir, como veo que han hecho todos, con una proyección; pero, cuando me di cuenta de que eran quince minutos, preferí, sinceramente, hablar y voy a tratar de ser muy concreto, porque el tiempo para el tema, como es obvio, va a resultar bastante estrecho.

En este esquema, lo que voy a hacer es casi un diálogo en términos de lo que es la responsabilidad del proyectista, a la luz de lo que contiene la Ley de Contrataciones *versus*, obviamente, lo que es el Código Civil; por algo muy simple y, es más, Víctor ya lo mencionó hace un momento cuando habló del artículo 40, refiriéndose básicamente a que el contratista es el responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato.

Y el problema central, quiero decirles, es que estrictamente, entonces, el meollo del asunto, en términos de responsabilidad, en mi caso, del proyectista; pero, en general, de las responsabilidades en los contratos de obra, radica básicamente en que es un problema de asignación de riesgos. Ése es el tema de fondo y, consecuentemente, dentro de ese aspecto, debemos tener en cuenta y muy claro que debemos ver dos circunstancias muy encontradas. En primer lugar, cuál es la asignación de riesgo que, en principio, la ley — en este caso, obviamente, el Código Civil — y hay una norma expresa, la Ley de Contrataciones, asigna, *versus* aquélla que las partes pueden asignar en virtud de un contrato.

Como sabemos, el concepto de riesgo es un concepto polisémico en el derecho, o sea, cuando ustedes ven o discuten un tema de responsabilidad civil, están hablando, básicamente, de un problema de concentración de peligro en el tiempo y en un espacio; pero, en el ámbito contractual, tenemos claramente que el riesgo alude a las consecuencias negativas futuras que puede representar la materialización de la contingencia y, en ese esquema, entonces, es posible que el riesgo que eventualmente puede asignarse bajo algún criterio por la ley, sea transferido por las partes en virtud de un pacto contractual.

Cuando las partes transfieren un riesgo, lo que hacen, como sabemos, es reasignar las consecuencias negativas de la materialización de la contingencia, entendiéndose por contingencia la posibilidad de ocurrencia de un evento temido que ocasione consecuencias negativas; y, de ahí que para evaluar un riesgo, debemos tener en cuenta siempre la magnitud del perjuicio y la posibilidad de que el mismo ocurra. En la teoría económica tenemos muy claramente que el riesgo no es otra cosa que la medición del daño en función a la probabilidad.

Dicho esto, entonces, es importante entender que lo que discutimos es un concepto de previsibilidad, que es la posibilidad de anticipar eventos y consecuencias futuras. Cuando hablamos de un evento previsible, lo que vamos a tener que evaluar es justamente anticipar si podemos ver alguna consecuencia que pueda derivarse; y es importante ver el esquema, en primer lugar, legal. En los contratos de obra, por ejemplo, el Código Civil peruano se aparta del código italiano en la figura del *appalto*. El *appalto* italiano, que es el que regula el contrato de obra bajo cierta organización, asigna, obviamente, por ley —el código—, este riesgo, justamente, al contratista; en cambio, el Código Civil peruano, no asigna el riesgo de la obra, en principio, al contratista, sino por el contrario, al comitente; y para ello, se basa estrictamente en un esquema que es común en el código peruano, que es la titularidad.

Para los que más o menos se acuerdan algo de Obligaciones, acuérdense cuando hablaban, por ejemplo, de que los gastos de conservación los asigna, justamente, el propietario, que es un concepto de titularidad muy distinto al deber de conservación de la cosa. Yo, si tengo como deudor que conservar el bien, pues entonces, debo darle aviso a quien finalmente tiene que sufragar el gasto, que es el titular del mismo; y éste es el criterio, en principio, del código peruano, por eso es tan importante que en los contratos estrictamente se vea que la asignación de riesgos, si quieren ser trasladados siempre al contratista, tiene que ser, obviamente, por pacto.

Como sabemos, toda obra tiene tres grandes etapas: la ingeniería, la procura y la construcción; y, cuando hablamos estrictamente de la responsabilidad del proyectista, vamos a hablar puntualmente de la ingeniería. El proyectista se centra, sobre todo, en esta etapa de ingeniería, en lo que es, básicamente, todo el contrato de obra y, dentro de ello, existe un riesgo puntual que ustedes deben conocer y que, justamente, es el llamado «riesgo del suelo».

El «riesgo del suelo» alude a la contingencia que se encuentra representada, como sabemos, en la existencia de ciertas cualidades estructurales del suelo que deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar el precio de la obra. De allí que los estudios, justamente, de suelo, que son materia de la responsabilidad del proyectista, en principio, salvo que, obviamente, sean asignados a un tercero ajeno a las partes contratantes, a diferencia de esquemas que por costumbre suceden o en algunas codificaciones suceden, en el Perú no son asignados al contratista.

De tal manera que es muy importante, como estoy indicando, que finalmente esto sea objeto de pacto. Recordarán ustedes, por ejemplo, que en el Código Civil hay un artículo muy claro, el artículo 1784, que cuando habla de la responsabilidad del contratista, dice que éste es también responsable en los casos indicados en el párrafo anterior, que habla de la responsabilidad general de la obra, por la mala calidad de los materiales o por defectos del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra. Es decir, sólo cuando confluye la calidad de contratista y proyectista en uno solo, es que asignamos el riesgo de suelo o el riesgo general de los estudios en virtud de la figura del contratista.

Sabemos que es usual, sin embargo, que por costumbre o por pacto, incluso, además de por contrato, esto, por el contrario, recaiga más en el contratista antes que en el comitente de la obra; pero, es importante entender que, entonces, en el Perú, como lo dice justamente el artícu-

lo 1764 en el numeral 1, el contratista se obliga a hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en el que se acostumbre.

Entonces, quiero que tengan muy claro esto, la asignación de riesgos que corresponde por los estudios al proyectista, en principio, no es del contratista; sino que por contrato tiene que ser asignada a éste, y es un caso, además, en donde excepcionalmente la costumbre se transforma en fuente del derecho en caso de ausencia, finalmente, de alguna circunstancia en particular. Es importante la referencia a la costumbre porque, como sabemos, existe, tratándose de la industria de la construcción, una serie de documentos escritos o de instituciones que regulan este tema de la costumbre en materia de la construcción. Como saben, existe, entre otras cosas, por ejemplo, la *International Federation of Consulting Engineers*, que es la famosa «Fidic», que tiene, finalmente, todo un esquema de planteamiento de responsabilidades y en donde bajo el esquema de lo que ustedes conocen como EPC, que es aquello que asigna el *Engineer, Procure y Construct*, lo hace estrictamente el contratista, es decir, es por costumbre que normalmente el contratista lo haga.

Es antes que la costumbre, importantísimo que el contrato lo asigne porque, de no ser así, entra un esquema distinto, que es el previsto en el Código Civil. Bajo este esquema, entonces, es muy importante que se entienda que el pacto contractual es fundamental para la asignación de esta responsabilidad. En la responsabilidad del proyectista es importante entender lo que es conocido como el supuesto de la ingeniería de detalle. Justamente como el comitente es aquél que encarga la obra, es normal, entonces, que como sabe dónde se realiza la obra y cómo quiere que se realice y por eso la encarga, tiene normalmente unos planos generales o, finalmente, lo que se llama una ingeniería básica, es decir, algo que implica esencialmente un análisis preliminar de lo que es el sitio, los lugares donde va a pasar la obra y que significa la necesidad de que alguien realice esta ingeniería de detalle.

Esta ingeniería de detalle, normalmente es asignada, como hemos dicho, por contrato o por costumbre, al contratista; pero, es importante entender que esta ingeniería de detalle, que va a representar justamente una responsabilidad y vamos a dar, a partir de este momento, por hecho que puede por contrato ser trasladada al contratista finalmente o, aplicando la costumbre, vamos a tener; sin embargo, que es importantísimo que tengamos en cuenta que el alcance del deber de previsión que asume, por ejemplo, el proyectista dentro de una obra y la posibilidad, por ejemplo, de que pueda no ser exacto el estudio, en el caso concreto que estuve hablando, el estudio del suelo, el deber de previsión que finalmente debe asumir la parte contractual y la posibilidad de un reajuste a su favor, es importante de ser tenido en cuenta porque, contrariamente a lo que algunos piensan, sobre todo los que no tienen de repente muy profundo el conocimiento contractual del que estamos hablando, piensan, por ejemplo, que cuando hablamos de una obra a suma alzada, estamos hablando de que una de las partes contractuales, fundamentalmente el contratista, obviamente asume el íntegro del riesgo y, entre ellos, por ejemplo, si estamos hablando de un EPC, estamos justamente hablando también del riesgo de la ingeniería o, finalmente, del proyecto.

Hay que tener en cuenta algo muy claro; sin embargo, los riesgos que sean asumidos, sea tratándose de un contrato de obra a suma alzada o sea tratándose de un contrato de obra a precios unitarios, siempre se refieren a lo que estrictamente son los riesgos previsibles en el contrato. Es por eso que actualmente hay, casi podríamos decir, consenso en admitir que el efecto de lo que hablamos del ajuste alzado en torno a lo que fue la oferta inicial, que no debe sufrir variaciones en forma absoluta, no tiene ningún sentido.

Cuando hablamos, por ejemplo, de una obra a suma alzada, donde el riesgo de la cantidad de trabajo es asumido por el contratista y, puesto que esto se encuentra reflejado en el precio de la obra, debe tener presente que aquél no asume la totalidad de los riesgos conexos a la obra, ya

que dicho precio solamente refleje los riesgos previsibles. Por eso es importante entender que cualquier defecto en la obra, defecto, por ejemplo, en la estructura de suelo, que no haya podido ser detectado con una diligencia adecuada dentro de ello, va a suponer, entre otras cosas, que finalmente, estos riesgos que no pudieron preverse pese a la diligencia desplegada, no se encuentren incorporados en la contraprestación a la que tendría derecho el contratista y pueden dar lugar perfectamente a un reajuste.

En el contrato de obra a precios unitarios, tenemos claramente la elaboración de un listado de unidades y valores, que consiste en una lista de las unidades de trabajo y el valor de cada una de ellas. Como sabemos, en función a estos precios unitarios se permite evaluar el riesgo asociado a la obra; sin embargo, es también perfectamente posible entender que si suceden eventos extraordinarios, el contratista que fijó el valor en cada unidad de trabajo sin considerar unidades o valores que identifiquen el mayor trabajo que tenga que desplegarse ante tales eventos, no tiene por qué responder por esos eventos extraordinarios que van a dar un sobre costo en la obra.

Es por esto importante entender que el corazón estrictamente de todos los sobre costos que se presentan en toda estructura de la ejecución de un contrato de obra, a veces ocurre justamente en la etapa de ingeniería, de ahí que la responsabilidad del proyectista sea vital. Pero es poco usual, no digo que no suceda, pero es poco usual, que el proyectista sea un tercero ajeno a las partes contractuales. Lo ideal, si eso sucede, es que toda la responsabilidad del estudio bajo los riesgos previsibles del contrato, va a ser asumida por este tercero; pero, cuando no sucede esto, es una de las partes contractuales la que debe asumir, y es justamente aquélla que ha realizado el estudio, quien ha realizado esta ingeniería de detalle de la que estamos hablando, que si recayendo inicialmente por ley en el comitente; sin embargo, repito, es usual que sea trasladada y asumida por el contratista.

En este esquema, entonces, es importante ver que el riesgo previsible del que estamos hablando supone claramente una diligencia exigible de acuerdo a las circunstancias del caso. Por ejemplo, si a mí se me encarga como proyectista, de repente teniendo la misma calidad de contratista, la realización de esta ingeniería de detalle y utilizo el esquema de calicatas. El sistema de calicatas; sin embargo, no me va a determinar, como sabemos todos aquellos que tenemos alguna vinculación con los contratos de obra, una exactitud al 100%, es aleatorio justamente; yo escojo bajo mi experiencia la evaluación de la estructura del suelo y esto no evita que en un momento determinado yo puedo encontrar, pese a que he tomado la diligencia debida, y he hecho, obviamente, ciertas investigaciones, así como la averiguación del suelo en los casos que normalmente debía ser, puedo encontrarme con estructuras de suelo no previstas. Y esto sucede, repito, en cualquier contrato, sea a suma alzada o precios unitarios, de allí que la responsabilidad del proyectista debemos circunscribirla siempre a los riesgos previsibles del contrato y esto es fundamental de ser entendido, sobre todo, para aquellos que creen que, a veces, hablar de un contrato a suma alzada representa casi una «lavada de manos» al estilo Pilatos del comitente. Ello no es así.

El tema es muy interesante. Como les digo, es bastante extenso y, obviamente, no puedo dar sino ciertas pinceladas en quince minutos, que es lo que he hecho, y les pido disculpas por no haber empleado un *Power Point*, pero ya ven que ni siquiera llegué a terminar hablando y, relativamente, bastante rápido.

Muchas gracias por su atención.

**RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD**

*Leysser León Hilario*\*

Muchas gracias a los organizadores. Estábamos aquí mismo hace muchos años, en una de las primeras ediciones del Congreso Internacional de Arbitraje, y el comité encargado de asignar las ponencias me pidió que me ocupara del tema, en esa época vedado, de la responsabilidad de los árbitros y, pidiendo consejo e información a quienes en esto nos llevan años de experiencia, se me indicaba que el recelo era entendible, porque exponiendo ante profesionales que se desempeñan como árbitros, incluso, compartiendo la mesa hoy con árbitros destacados del medio, el tema de la responsabilidad civil podría generar empañamientos en cuanto a las relaciones; oscurecer el desarrollo del arbitraje.

Hoy es una satisfacción estar nuevamente reunidos en el Congreso del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y, estando a punto de asistir a la ponencia de Alfredo, que va a tratar sobre este tema que se ha vuelto crucial ante los hechos que son de público conocimiento.

Si el profesor Fernández con todas su sapiencia y experiencia ha hecho su mejor esfuerzo para resumir un tema al que, debería saber, se le han dedicado enteros libros, como es la responsabilidad del proyectista, mal haría yo si intentara siquiera aproximarme al tema de la responsabilidad de la entidad en los quince minutos que nos han concedido.

Yo voy a exponer en tres tiempos mi opinión sobre la temática. Yo me he preguntado si existe, ante todo, la responsabilidad civil del

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctor en derecho y asociado del Estudio Ferrero. Asimismo, es docente universitario, consultor, árbitro y experto en derecho privado, contrataciones públicas, solución de controversias y arbitraje. También es investigador visitante en el Instituto Max Planck en Hamburgo, Alemania. Autor de numerosos artículos académicos, ensayos y libros.

Estado en el Perú; después, me he preguntado sobre la responsabilidad cotidiana de la administración como comitente en la contratación estatal; me he preguntado también sobre la responsabilidad que podría existir, una responsabilidad a la que voy a llamar una responsabilidad inexistente, que está en vías de creación y que va a depender mucho de la profesionalización de la responsabilidad civil, que es una causa que hemos abrazado los estudiosos de esta casa de estudios y que, en los últimos congresos dedicados a la responsabilidad civil, está siendo reafirmada; y voy a terminar hablándoles de la responsabilidad artificial, que es una responsabilidad creada «a la mala» por algunos colegas árbitros.

¿Existe responsabilidad civil del Estado en el Perú? Creo que la respuesta es negativa. A quienes hemos tenido la posibilidad de cruzar las fronteras y estudiar fuera del país o de acercarnos a una experiencia extranjera de un ordenamiento cercano al nuestro, como el francés, el español, el italiano o el alemán; incluso, al interior de los países latinoamericanos, es común que el Estado sea citado en juicios y arbitrajes de responsabilidad civil por su desempeño.

En el Perú, ¿cuántos de los aquí presentes conocen de supuestos en los que el Estado, por ejemplo, en los casos de auditorías de la administración tributaria haya sido considerado responsable?; cuando es claro que una auditoría mal hecha termina con una acotación de tributos que paraliza la economía de empresas por años; y no existe un solo precedente judicial en el que la administración tributaria —por lo menos que yo conozca— haya sido condenada, como debería ocurrir con todo aquél que causa un daño, guiándonos por el precepto de responsabilidad general del Código Civil. Con todo aquél que causa un daño, debería concluir dicha situación en un resarcimiento. No existe ningún caso al respecto.

¿Cuántos casos de responsabilidad de los Registros Públicos por los actos, omisiones o negligencias graves de sus funcionarios que dilatan la inscripción de un derecho o que facilitan o propician actos de corrup-

ción, negociaciones oscuras sobre inmuebles?, ¿cuántos casos?, ¿cuántas veces han sido llamados los Registros Públicos como imputado, como responsable?, ¿cuándo ha pagado un resarcimiento a las personas a las que causa daño con el comportamiento de sus funcionarios?

Y sobre esto hay investigaciones. Hay una tesis elaborada por un querido amigo, un distinguido profesor de la universidad, el profesor Mendoza del Maestro, que con base en la experiencia comparativa y adhiriéndose a una visión que ha defendido el profesor Bullard en sus últimos artículos, considera que la responsabilidad civil modela, edifica, guía, establece un criterio de comportamiento de conducta humana, más allá de la circunstancia de encontrarse en una función pública. La responsabilidad civil modela el comportamiento de la gente; si la responsabilidad civil se aplica como corresponde, debería tener incidencia en la mejora del desempeño de los funcionarios públicos y en la evitación de daños que son cotidianos, no son extraños.

¿Cuántos casos de responsabilidad de los jueces conocen ustedes o de responsabilidad de árbitros? No hay. Casos de responsabilidad de los profesores de escuelas públicas, primarias y secundarias, en los que el Ministerio de Educación debería responder, casos de *bullying*, casos de maltrato a estudiantes, ni uno solo. Y éstos son los casos que han ayudado a construir la responsabilidad del Estado en experiencias cercanas a la nuestra.

Los únicos campos en los cuales el Estado sí ha sido llamado a responder, y hay precedentes importantes en arbitraje y en justicia ordinaria, son los casos de mala praxis de dependientes de establecimientos de salud pública. Hay un precedente importantísimo de responsabilidad de un hospital público de maternidad, S/ 800.000 de resarcimiento por contagio de VIH a un neonato; y hay un caso arbitral judicializado, así que no hay inconveniente en citarlo, de mala praxis también en un centro de salud público, en el que se otorgó el mayor resarcimiento por daños a la salud, precisamente bajo la administración del centro de arbitraje de nuestra universidad.

Y también existe un desarrollo muy amplio en cuanto a la responsabilidad del Estado empleador, el Estado que responde en los casos de despido. Esos supuestos constituyen la inmensa mayoría y es curioso comprobar que el Estado casi siempre pierde, el Estado siempre es condenado a pagar daño moral, daño a la persona, daño al proyecto de vida del trabajador despedido que, a la semana de ser despedido, ya está trabajando en otra dependencia. La jurisprudencia es descomunal en tamaño y debería hacerse un estudio estadístico para averiguar, así como existe el interés en saber si el Estado se defiende bien o no en los arbitrajes, si el Estado se defiende bien o no en los juicios de responsabilidad por despido que le entablan sus exfuncionarios.

La responsabilidad en la contratación estatal está circunscrita, limitada, a un artículo en el que se menciona la palabra «responsabilidad», pero que de responsabilidad civil como sometimiento o exposición a un resarcimiento, no trata. La palabra «responsabilidad» es mencionada con la rúbrica, inclusive, de «responsabilidad de la entidad» en el artículo 123 del reglamento, donde se señala que «la entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordenen y aprueben los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos [...]».

No tengo que seguir leyendo, esto no es responsabilidad civil; esto es una asignación de riesgo, en la línea de lo que ha señalado el profesor Fernández; esto es una asignación de encargos, esto es como decir que al Estado le toca hacer algo, pero no que el Estado sea responsable, esto no es una regla de responsabilidad civil; como tampoco lo es el segundo párrafo de la misma norma, «la entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y similares»; esto quiere decir que el Estado o la entidad contraparte del contratista, es la que se ocupa de obtener las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y similares. Toca a la jurisprudencia desarrollar, a partir de esta asignación de papeles dentro de la relación de contratación estatal, las responsabilidades derivadas.

En la práctica, que en mi caso tiene ya ocho años como árbitro, como abogado patrocinante en arbitrajes, un poco más; pero, en lo que es el día de día del arbitraje, ¿dónde aparece la responsabilidad? La entidad suele ser responsabilizada por incumplimiento de obligaciones, vinculado directamente, connatural a su papel comitente de un contrato de obra, que tiene la peculiaridad de estar gobernado por una legislación especial; pero que no por ello, deja de guiarse por las reglas generales del derecho civil.

Al Estado se le sanciona a través del resarcimiento cuando omite entregar información importante y eso afecta el desarrollo del proyecto; cuando el Estado entrega información deficiente, incompleta, inacabada, que confunde, relacionada con el proyecto, pero también, relacionada con aspectos colaterales que pueden tener incidencia en los proyectos. El caso prototípico es el del expediente de obra defectuoso, cuando está a cargo del Estado ese ámbito de la contratación; y otro que es uno de los temas reiterados en materia de arbitraje de contratación estatal, cuando se entregan tardíamente los terrenos que están destinados a la ejecución de las obras.

Todos estos supuestos son supuestos de incumplimiento de obligaciones, categoría que abraza en nuestro medio, el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones también. No me parece que eso genere mayores inconvenientes. Establecer que la responsabilidad del Estado existe en su papel de comitente de una obra por el incumplimiento de sus obligaciones, es algo que, sea gobernado por el régimen general de la responsabilidad contractual, sea gobernado por las especificaciones de la legislación en materia de contratación estatal, no debería acarrear dudas.

Lo que sucede es que en esos casos, tal vez y esto es parte del postulado que estábamos anunciando que se defendería y se reafirmaría en esta mesa, de profesionalizar la responsabilidad civil, habría que desarrollar una práctica que aprecie estas circunstancias, no solamente como su-

puestos en los cuales los intereses del contratista se terminan en obtener las ampliaciones de plazo y los gastos generales; sino que, dependiendo de las circunstancias, pueden constituir verdaderas fuentes de responsabilidad civil, sobre todo en los casos en los que el incumplimiento de la entidad, reviste las características que la convierten en una potencial causal de resolución del contrato; y una resolución por incumplimiento va de la mano con el resarcimiento de los daños y perjuicios.

La responsabilidad civil inexistente. Si algún día la responsabilidad civil se profesionaliza no solamente por el lado de los abogados, sino también por el lado de los árbitros y de los jueces, no demoraría en aparecer en nuestra práctica, en los artículos que se publican en las revistas, en los *blogs* y, además, se convertiría en una práctica consolidada a través de una jurisprudencia, sea de justicia privada vinculada con la actividad del Estado, sea de jurisprudencia ordinaria, por ejemplo, una figura, un fenómeno que ha dado lugar a infinitas páginas alrededor del mundo de las experiencias cercanas a la nuestra, la responsabilidad precontractual de la administración pública por las nulidades que se refieren al proceso de contratación.

Preparando la ponencia, he encontrado en Colombia, en Argentina, en España, en Italia, casos en los cuales el Estado es llamado a responder por aquellas circunstancias en las que decreta de pronto, mientras uno está en plena ejecución del contrato, la nulidad de oficio, porque una fiscalización ulterior demuestra que faltó un documento, que un documento era falso. En los casos de contratación de obra, esto es trágico porque la obra no es que se hace de un momento a otro, se hace con un itinerario, o en los casos en que se contrata un servicio, que no se acaban en un momento, sino que es un contrato de duración.

La responsabilidad precontractual de la administración pública en el Perú es una responsabilidad inexistente, no existen precedentes y es una forma de modelar el comportamiento, en este caso, del actor estatal.

En la jurisprudencia colombiana, un país muy cercano —ésta es una referencia que me han hecho los colegas de la sede de Colombia que tiene ahora el estudio PPU—, los casos cotidianos de responsabilidad del Estado, no por producir una alteración del equilibrio económico que, en nuestra práctica, se suele ver como una circunstancia para obligar al Estado a modificar fórmulas, a adecuar sus estándares a lo que quiere el contratista, ésa no es la vía; el Estado que se resiste a reconocer una situación de desequilibrio económico provocada por él mismo, es responsable, se dice en la jurisprudencia ordinaria del Consejo de Estado de Colombia, y en la jurisprudencia de arbitramento —como dicen los colegas colombianos—.

Entonces, es una doble enseñanza. Esto no es una justificación para cambiar las reglas, para modificar el reglamento contractual, no. Esto es una fuente de responsabilidad civil, si es que se le sabe delinear correctamente.

Los daños por abuso del derecho. Me decía también sapientemente la profesora Martínez, «hay que vincular nuestras exposiciones con la contratación estatal», pero ella como civilista lo sabe, esto no puede apartarse de los cánones del derecho privado. Hizo mención al trabajo de la comisión que preside el profesor Fernández, en esa comisión se están estudiando las modificaciones al abuso del derecho, porque en el Perú esa categoría de abuso del derecho no produce ninguna consecuencia, no tenemos ninguna regla que diga que el que abusa responde; que el que abusa puede producir una ineficacia, una nulidad; que el que abusa autoriza a la víctima a una inhibitoria.

En el extranjero, los casos de arbitrajes por abuso en la resolución de contrato, ¿el derecho potestativo de resolución es susceptible, es posible de abuso? Por supuesto, abuso cuando está desnaturalizado, abuso cuando se hace con la intención de provocar un daño; y el supuesto bastante corriente también del abuso en la ejecución de las cartas fianza.

En el Perú hay que tener presente que las medidas cautelares protegen contra la ejecución de cartas fianza, obteniéndose con días de anticipación.

En la experiencia italiana, para poder obtener una medida cautelar contra la ejecución de una fianza, es necesario que se haga una pretensión de cobro ante un banco y se le otorga un plazo de veinticuatro horas o de cuarentiocho horas al titular de la cuenta para ejercer la medida judicial de protección, lo que significa que la tutela cautelar no se otorga por las puras; se otorga cuando existe verdaderamente un peligro de atentar contra una decisión, por ejemplo, que pueda tomar un tribunal arbitral ya constituido.

Sobre todo eso, es que va a ser decisiva la profesionalización de la responsabilidad civil que se espera en cuanto a la formación de los abogados y también al conocimiento de los árbitros.

Finalmente, antes de que llegue la tarjeta roja, la responsabilidad artificial. ¿Qué cosa es lo que estamos conociendo los que escribimos —para no llamarnos expertos en responsabilidad civil—, los que escribimos, pues, notas sobre responsabilidad, gracias a las personas que desinteresadamente nos hacen llegar su situación, nos ponen en conocimiento de situaciones extremas? En esta misma sede se habló hace dos años de un caso en el que un tribunal arbitral por mayoría otorgó un millón de soles de resarcimiento, ¡un millón de soles de resarcimiento!, a un contratista al que no le gustó que el Estado lo tuviera obligado, le impusiera la renovación de las cartas fianza hasta que se terminara el arbitraje.

Y, ¿por qué dijeron esos dos árbitros en mayoría? Porque al estar obligado, al estar conminado el contratista a seguir cubriendo las cartas fianza, no podía participar en otros concursos y eso constituía pérdida de la chance; y la pérdida de la chance se estimaba en un millón de soles por equidad, utilizando el artículo 1332 del Código Civil. Prueba del

daño: la compra, la adquisición de las bases del concurso al que no se pudo presentar el contratista por tener sus cartas fianza comprometidas.

Bueno, como nos vamos perfeccionando en la mala administración en la justicia privada, en la mala justicia privada, el año pasado ha salido un laudo arbitral, también por mayoría, contra un gobierno regional muy mentado por estos días, en el que se condena a la entidad a pagar treinta millones de soles por daño moral al contratista. Treinta millones de soles en el país donde Saettone es condenado a pagar 100,000 soles por muerte; en el país donde se le ha pagado a los deudos de Ivo Dutra un millón de soles por muerte contra la empresa Orión; en el país donde a los familiares de Oyarce, el joven que fue aventado de un palco en el Estadio Monumental, les han pagado un millón de soles por el daño moral que ocasionó la muerte de su hijo; y en el país donde, hace unos meses nada más, a un expresidente de un gobierno regional, a un exalcalde, por una obra que no sirve para nada llamada «Vía Expresa del Callao», se le ha condenado a pagar veinticinco millones de soles de reparación civil al Estado, por defraudar la confianza de los peruanos; hay árbitros que conceden estas cifras, treinta millones de soles por daño moral al contratista.

Y, ¿cómo se llega a esa cifra? Porque hay que hablar con las pruebas; así me pase treinta segundos, espero no incurrir en responsabilidad si me paso. El criterio para otorgar los treinta millones de soles ha sido considerar el monto del contrato, no el efecto reputacional de la cobranza de una fianza o de una difamación de la que se acusa al gobierno regional a través de sus funcionarios, además, que no es hecho imputable a la entidad misma.

Si un funcionario de un gobierno regional le dice algo o insulta al contratista porque no le gusta una obra, ¿eso compromete a la entidad?; ¿ese es un trabajo realizado en el ejercicio de la función?

Y, ¿se puede llegar a treinta millones de soles en un mundo, como digo, donde ante delitos como los mencionados, se paga hasta veinticinco millones de soles, cuando probadamente se ha defraudado la confianza de una provincia, de un país entero, con obras como la «Vía Expresa del Callao»?

La verdad es que, en materia de responsabilidad civil vinculada con la contratación estatal, hoy en día se ha vuelto imposible tomar la palabra y limitar el alcance del análisis a los actores de la contratación estatal; sino, que es menester también interesarse en el comportamiento que deben tener los árbitros.

Gracias.

**RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO EN EL  
MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

*Alfredo Bullard González\**

Buenas noches. Bueno, agradecer al centro por la invitación a participar en este evento que, como se ha dicho, ya es tradicional.

Voy a tomarme una pequeña licencia porque quiero complementar la muy interesante exposición que ha hecho Leysser sobre lo que yo llamaría la «responsabilidad invisible», porque nadie la ve, pero existe. Y es que hay una línea interesante respecto a la responsabilidad de la enti-

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en derecho por la Universidad de Yale, experto en derecho de la competencia, regulación económica, protección al consumidor, propiedad, responsabilidad civil extracontractual, contratos, comercio internacional y arbitraje. Asimismo, es árbitro, docente universitario y autor de numerosos artículos académicos, periodísticos y libros. Es profesor visitante de la Universidad Torcuato Di Tella, de la Universidad de Buenos Aires y de la Escuela Superior de Economía y Negocios de El Salvador.

dad, que es una forma indirecta, no es directamente de la entidad sino del Estado peruano, que se utiliza en el sistema de arbitraje de inversión en el caso de obras públicas.

El sistema de arbitraje de inversión es, sin duda, el sistema que ha atribuido las mayores indemnizaciones jamás vistas por responsabilidad en la historia. El caso Yukos es de una indemnización de 37,000 millones de dólares, hasta donde yo sé, la más alta que ha dado claramente un tribunal arbitral, pero, posiblemente, cualquier poder judicial del mundo, por la responsabilidad del Estado ruso. El laudo fue anulado al final, pero hubo una sentencia.

Ahora, Yukos no es un caso de obras públicas, es un caso de protección de una concesión que se había otorgado. Pero, hay varios casos interesantes que se conocen de obras públicas donde, lamentablemente, sólo si el contratista es extranjero y está protegido, sea por un tratado de protección de inversiones o por una cláusula de arbitraje de inversión, puede reclamar.

Hay un caso muy interesante que es el caso Saipem, Saipem contra Bangladesh. Un contratista ejecuta una obra de construcción de un gasoducto y termina, no le pagan, los mismos reclamos, igualito a todos nuestros reclamos en OSCE, los típicos arbitrajes de construcción, no le pagan los costos adicionales, retraso, todo lo que siempre pasa. Gana un arbitraje de CCI, lo condenan a pagar, si mal no recuerdo, quince millones de dólares y la entidad se mueve para que el Poder Judicial de Bangladesh, de manera absolutamente localista, impida la ejecución de la obligación.

Y, entonces, se inicia un segundo arbitraje, un arbitraje Ciadi y dicen: «por los actos desarrollados por la entidad y por el Poder Judicial en colusión, por haber impedido cobrar lo que me correspondía, reclamo por un trato equitativo y justo en base al tratado de protección de inversiones entre Italia y Bangladesh»; y la sentencia Ciadi manda

a pagar como daños y perjuicios los mismos quince millones que no había podido cobrar en la sede del Estado de la entidad, lo que muestra que hay una responsabilidad que mucha gente no ve, pero un contrastista internacional o extranjero podría eventualmente recurrir, si hay un tratado de protección de inversiones entre su país de origen y el Perú, justamente los mismos daños que se derivarían contra la entidad.

Dicho esto —y ya me comí cinco minutos y no he abordado mi tema, no importa—, voy a hablar rápidamente sobre la responsabilidad de los árbitros. Con la responsabilidad de los árbitros uno siempre tiene la sensación de que se cumple el refrán de «entre bueyes no hay cornadas», o sea, como los árbitros o los «arbitrólogos» son los que redactan las leyes de arbitraje, las leyes de arbitraje suelen decir que los árbitros no son responsables o son responsables en muy limitadas situaciones como, por ejemplo, cuando hay dolo o culpa inexcusable.

En general, la tendencia internacional es que los árbitros tienen inmunidad, en muchos países tienen inmunidad, no pueden ser hechos responsables. Ahí se discute si es simplemente una colusión, el club de árbitros se protege a sí mismo, redactan las leyes para que no haya responsabilidad; otros dicen que no, que es la misma regla que se aplica en la mayoría de jurisdicciones para los servicios profesionales que no generan responsabilidad, salvo en casos de dolo o culpa inexcusable y dicen que tiene que ver con la independencia del árbitro y se le aplican inmunidades similares a las que se suelen aplicar a los jueces en muchos lugares, justamente, para proteger su independencia y no se sientan presionados por potenciales acciones de responsabilidad civil.

No voy a hablar de jurisprudencia ni casos peruanos porque, como bien se ha dicho, no hay, no hay casos, no conozco ninguno y, si hay, es tan confidencial como un arbitraje, porque hasta ahora no me he enterado que existe, donde se ha hecho responsable a un árbitro como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones. Hay distintos supuestos: dilación, incompetencia absoluta en el manejo, parcialidad

del árbitro, no respeta las reglas pactadas por las partes, violación a la confidencialidad, etcétera. Ésos son los supuestos.

Ya mencioné que en muchas jurisdicciones hay inmunidad o una inmunidad atenuada para ciertos casos muy particulares. Gran Bretaña, Francia, Suiza, Alemania, Estados Unidos, tienen muchas limitaciones para poder reclamar la responsabilidad de un árbitro. Usualmente, cuando se puede reclamar, tiene que ser una situación muy muy grave, dolo o culpa inexcusable y algunos ponen cosas mucho más extremas. Hay legislaciones que están redactadas así: «absoluta desaprensión a cualquier principio básico de razonabilidad [...]», unas cosas así muy exageradas; y, en general, hay bastantes limitaciones.

Lo que hay con más frecuencia que la responsabilidad del árbitro por su decisión, es la devolución de honorarios por la vía de la responsabilidad. Se dice «hiciste algo y tienes que devolver los honorarios que tú has establecido». Quizás, el mejor reflejo de cuál es la regla que se suele utilizar, es el Reglamento de la CCI, que dice que los árbitros son absolutamente irresponsables, salvo que la ley aplicable establezca algo distinto y se está refiriendo, específicamente, a las excepciones de dolo o culpa inexcusable, que son los supuestos en los cuales podría crearse una excepción a ese caso.

Voy a comentar casos. Creo que es la mejor forma de entender los supuestos en los cuales se ha discutido sobre la responsabilidad de un árbitro. Voy a comenzar con un caso de la Corte Suprema austriaca del año 2014. El presidente es recusado por una causal en la etapa final del arbitraje, ya se habían hecho todas las actuaciones, estaban por laudarlo, lo recusan, la recusación es declarada fundada y, aparentemente, de lo que se entiende de los hechos, era más o menos claro que podía ser recusado y no renuncia; y, como consecuencia de que no renuncia, sale del arbitraje y en el arbitraje todo el mundo se queda listo con el pan en la puerta del horno, y no hay laudo.

Sin embargo, tiene que reconstituirse el tribunal y se inicia una demanda de 1.5 millones de euros contra el árbitro, se reclamaba que devuelva sus honorarios, más los costos de los abogados; más los costos del centro arbitral, más los costos de los otros árbitros, más los costos de los peritos, reclaman todo como si fuera un reclamo de costas. «Éste es el daño que usted nos ha causado porque nos ha hecho caminar por las puras todo este tiempo». Ojo que no incluyeron la demora en la emisión del laudo, el costo de oportunidad de la demora, nada de eso estuvo incluido en la demanda, solamente reclamaron ese tema.

Y se siguió una línea y a mí me gusta mucho este caso, porque es muy gráfico sobre los temas que se suelen discutir en relación a esto. En primera instancia —este caso, además, era más complicado porque había una cláusula en el convenio arbitral que señalaba que sólo era responsable por dolo o culpa inexcusable—, usan la palabra *clumsily*, torpemente, en inglés *clumsily* es peor que torpemente, es idiotamente casi. «Este señor manejó muy mal el arbitraje y, al manejarlo tan mal, lo que finalmente generó fue un problema porque él debió haber advertido que tenía una incompatibilidad y cuando lo recusaron, debió renunciar y no lo hizo»; y dicen, sin embargo, «el señor ha chambeado, hay una parte de los honorarios que cobró que le toca, eso está bien, entonces, eso se queda» y la diferencia —no sé por qué lo hicieron así, suena raro porque usualmente lo hubieran hecho de otra manera— dicen que no hay que pagar nada porque no hubo dolo o culpa inexcusable.

En la segunda instancia, se revoca en un extremo y dicen «sí, dolo o culpa inexcusable, pero como él es el único causante del problema de la terminación del arbitraje, por lo menos, que devuelva sus honorarios», y le hacen devolver 150,000 euros. Va a la Corte Suprema y la Corte Suprema dice «yo no entiendo por qué esta corte no aplicó el dolo o culpa inexcusable también al estándar de terminación del contrato», y dice «también se queda con sus honorarios». En el fondo, el árbitro ganó.

Segundo caso, reciente también, es un caso español muy comentado, el caso Puma. En el caso Puma lo que ocurrió fue, básicamente, esto. Además, me gusta mucho el caso porque es muy parecido a un caso peruano ¿Qué ocurrió?, dos árbitros deciden deliberar solitos y no le avisan al tercer árbitro; deliberan, acuerdan el laudo y le mandan un correo electrónico diciendo «oye, éste es el laudo —¿les suena conocida la historia? A muchos les ha pasado—que hemos deliberado y, mira, o te pliegas o emites tu voto disidente; pero, esto es lo que hemos acordado». Y, entonces, el otro señor dice «oigan, pero un momento» y, mientras decía «un momento», ya habían notificado el laudo y no pudo, no tuvo ninguna oportunidad de discutir, tuvo que emitir un voto disidente. Y, entonces, va a anulación, anulación por defecto de la motivación, causal complicada porque, si ustedes ven, no está en ninguna de las causales de anulación típicas en las leyes, pero dicen «no, ésa es la regla pactada por las partes, las partes pactaron un tribunal colegiado; y, en consecuencia, siendo un tribunal colegiado, el carácter colegiado del órgano decisorio es esencial, es parte del pacto y, como consecuencia, la deliberación tiene que ser colegiada», porque no es que el tribunal tiene tres para que no sea colegiado, son tres para que deliberen los tres. Anularon el laudo y, no contentos con anular el laudo, acá sí condenaron a responsabilidad a los árbitros y ¿cuál fue la responsabilidad?, 750,000 euros a cada uno, pero era sólo la devolución de los honorarios cobrados.

El problema lo vemos en el tercer caso, que es francés. Es el caso *Raoul Duval*. El caso *Raoul Duval* es el caso de un árbitro que emite un laudo y, a las dos semanas de emitir su laudo, es contratado por el estudio que ha ganado el arbitraje. Entonces, se arma toda una discusión donde se reclama una responsabilidad y, al final, no le atribuyen responsabilidad; pero, la corte sale con un razonamiento diferente, no es que entra a discutir si eso es indicativo de nada, sino solamente dice «mire señor, en esto de los arbitrajes —y esto es muy común en varias decisiones que se dan— ¿cómo sabe usted —hay un tema de causalidad— que si no hubiera ocurrido este laudo, hubiera sido diferente?,

usted tendría que demostrar eso». Y eso es casi imposible de demostrar y es más complicado cuando el órgano es colegiado. Claro hay tres, a veces dos; pero, usualmente, tres porque la mayoría de laudos sale por unanimidad y tú dices «bueno, si su voto salía, quedan los otros dos». ¿Cómo calculo yo el daño?, ¿cuál es el daño?, ¿el laudo hubiera sido distinto?, ¿cómo se determina eso? «Eso es muy complicado, señor» y no le dan nada, no se reconoce nada.

La tendencia general es que es más fácil encontrar casos donde se ordena la devolución de honorarios que otra cosa y acá, ya para terminar, ¿cómo aterrizamos esto en el Perú? En el Perú, como ustedes saben, hay un artículo 32, que está redactado, además, de una manera positiva, aunque su efecto es negativo porque está redactado diciendo «los árbitros son responsables [...]», la mayoría dice «no hay responsabilidad [...]», pero éste dice «son responsables por los daños que causan por dolo o culpa inexcusable», con lo cual, están diciendo que no es responsable en ningún otro supuesto.

Sin embargo, cuando puse el buscador sobre la ley de arbitraje para ver qué otros supuestos de responsabilidad habían, lo que encontré primero fue que el término «responsabilidad», en el sentido que estamos discutiendo en este panel, se usa varias veces, casi todas referidas a los jueces, los jueces son responsables por hacer cualquier cosa en contra de un arbitraje, desde meterse en las motivaciones cuando van a anulación, hasta no dar auxilio judicial, por interferir en el arbitraje, responsabilidad de los jueces por todos lados.

Hay, sin embargo, algunas menciones que llaman a la reflexión sobre cuál es su lectura junto con el artículo 32, porque el artículo 32 limita sólo a dolo o culpa inexcusable; pero, hay varios artículos, por ejemplo el artículo 29.3, tiene un elemento interesante porque dice «Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una

circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia». Claro, es parecido al caso que contamos hace un momento, muy parecido al caso suizo y uno se pregunta ¿a eso se le aplica el dolo o culpa inexcusable o el hecho de que estén en una norma distinta significa que no, que éste es un caso de responsabilidad separado?

Voy a citar los otros casos porque son bastante parecidos. Hay uno que no se refiere a los árbitros, pero sí a un primo hermano cercano que es el centro de arbitraje, que es el supuesto en el que se aplica la designación residual por el centro arbitral cuando es un arbitraje *ad-hoc*. Ahí hay una norma que dice que si el centro arbitral no designa, es bajo responsabilidad, sólo se puede negar si no hay convenio arbitral; pero si no, hay responsabilidad. Y bueno, ahí la pregunta es si se aplica ese mismo estándar.

Hay otro artículo que si mal no recuerdo, creo que es el 51, que es el tema de la confidencialidad. Ahí dice que si se vulnera la confidencialidad, es bajo responsabilidad y ahí están metidos también los abogados, están metidos otros que no tienen su cláusula de salvataje de dolo o culpa inexcusable. Pregunta, ¿ahí un árbitro que viola la confidencialidad tiene que estar con dolo o culpa inexcusable para que eso ocurra, o no? Entonces, ahí uno tiene una serie de supuestos en los cuales hay estas menciones.

Mi interpretación, y no porque sea miembro del club, sino porque me parece la interpretación más lógica, es que la norma general debería extender sus efectos a todos estos supuestos. La norma está regulando la responsabilidad general de los árbitros y está estableciendo que es sólo bajo dolo o culpa inexcusable. Hay otros supuestos regulados, pero deben leerse conjuntamente con la limitación contenida en la norma. Por supuesto que lo que está ahora de moda y no se puede dejar de mencionar cuando uno habla de responsabilidad de los árbitros, es todo lo que está pasando, alegaciones de corrupción de árbitros, alegaciones de nombramientos reiterados de árbitros que han sido nombrados die-

cisiete, treintisiete, ochentisiete, ochenta veces por la misma parte y se preguntan «bueno, ¿hay responsabilidad?».

Me queda claro que sí. Un caso de corrupción; hay responsabilidad, porque es un caso de dolo, entonces, habría directamente una responsabilidad, y si se demuestra que la corrupción llevó a una decisión distinta en el laudo, se puede reclamar efectivamente, ¿y si no hubiera sido corrupto, un tribunal imparcial le hubiera dado la razón o no le hubiera dado la razón?, no sabemos. Ése es el gran problema, es una especie de pérdida de la chance, una cosa medio extraña, no es exactamente pérdida de la chance, pero es «oye, perdí la oportunidad» y eso es lo que lleva, en general, a la jurisprudencia internacional a decir «lo que tú vas a reclamar son los costos del arbitraje, los honorarios, porque lo otro es otro lío, inicia tu arbitraje nuevo y obtén la decisión que debías haber obtenido». Algo de daño se pierde en el camino; pero, definitivamente es así.

Nominaciones reiteradas. Bueno, ahí no lo tengo claro, si se llegó a un laudo, es un laudo; a mí me han nombrado treintisiete veces y hay un lado, y eso sí es un estándar muy seguido. Es muy extraño que por el sentido del laudo, por el contenido del laudo, se declare responsabilidad del árbitro, si es que el laudo no ha sido anulado, es decir, usualmente se dice que tiene que haber sido anulado el laudo. Y, justamente, una excepción recogida por la jurisprudencia británica y recogida también en alguna mención a pie de página en el caso austriaco que mencioné hace un momento, justamente una de las excepciones es que el árbitro que, siendo parcial y es recusado, no renuncia en el momento oportuno o no debió haber aceptado desde un inicio porque su parcialidad era clara y, en consecuencia de eso, debió haber renunciado.

Muchísimas gracias.

## PREGUNTAS DEL PÚBLICO

**Primera pregunta:** Los malos ejecutores de obra se oponen a que los supervisen los mismos proyectistas porque les impiden degradar el estudio y poner menos materiales y de menor calidad. Cuando el supervisor es el mismo proyectista, cuida su diseño y garantiza su correcta ejecución. Éste es otro ángulo que también hay que considerar y que la ley ha tenido presente. ¿Qué le parece?

**Elvira Martínez Coco:** Pues, deben de ser los casos que no llegan a arbitraje, porque si tenemos un buen proyectista que después ha sido nombrado supervisor, y luego también es un buen supervisor y cuida correctamente la ejecución de la obra, sin duda, es una obra que va a terminar bien recibida, Aleluya para la comunidad, Aleluya para el Estado, Aleluya para todos.

Yo no conozco esos casos. Lamentablemente, todos los casos que he visto en mis más de veinte años de experiencia arbitral, han sido casos en los que cuando el proyectista ha sido supervisor de la obra, no ha reconocido errores de su expediente técnico, que después los hemos visto increíblemente evidenciados. Hemos dicho «¿cómo no se ha podido ver esto?», porque hemos visto muchos expedientes técnicos que se han elaborado en laboratorios, donde no se ha pisado el suelo donde se iba a construir la carretera, donde en los planes la carretera iba en línea recta y resulta que en el sitio había una semejante montaña que usted la tiene que «volar» o circundar para llegar y que, obviamente, genera un adicional de obra.

Como esos casos puedo contarles cientos; eso es, lamentablemente, lo que yo he visto y, probablemente, porque a nuestras manos sólo llegan los problemas. No descarto que en la realidad pueda haber buenos proyectistas, claro que sí; que pueda haber buenos supervisores, claro que sí. Ojalá que abunden más de ellos.

**Segunda pregunta:** ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de aplicar el prevaricato?

**Alfredo Bullard González:** En esto me confieso un absoluto ignorante, eso habría que preguntárselo a un penalista. Lo que sí creo, es que hay que tener mucho cuidado en no confundir la figura del árbitro con la figura del juez. Yo siempre me niego a que me digan que yo soy un juez, incluso, yo me niego a que me digan que tengo jurisdicción, yo creo que los árbitros no tienen jurisdicción, incluso, bajo la Constitución, no tienen la jurisdicción judicial, yo creo que tienen una jurisdicción diferente o una cosa que, de repente, ni siquiera es jurisdicción, desde el punto de vista conceptual.

Más allá de eso, creo que la figura del prevaricato está vinculada a la función pública del juez y la función del árbitro no es una función pública, es una función entregada por privados, su responsabilidad es de otro tipo, puedo denunciar a un árbitro por estafa, por corrupción, ni siquiera por corrupción, porque es corrupción de funcionarios, básicamente, por alguna figura similar, habrá que preguntarle a un penalista cuál es; pero yo creería que no es la figura correcta y no es la modalidad adecuada.

**Tercera pregunta:** ¿En caso de que se anule un laudo, los árbitros deberían devolver los honorarios?

**Alfredo Bullard González:** Esto es algo que, de alguna manera, ya toqué, pero me permite aclarar la respuesta. La respuesta es depende, como decimos todos los abogados siempre. Depende de lo que dice la norma, no creo que la simple anulación determine la devolución de honorarios, pero te podrían decir «bueno, me has hecho perder todo este tiempo»; es más, una pregunta más interesante es si a los árbitros a los cuales se les hace el reenvío, pueden cobrar honorarios adicionales por volver a resolver; yo he visto de todo, hay casos en que sí.

Pero, más allá de esa discusión, creo que para que eso ocurra, tendría que haber un supuesto de dolo o culpa inexcusable en la anulación que, salvo algunos casos particulares, tendría que ser un caso muy muy «rochoso», puede ser el caso en el que al árbitro se le pasa el plazo y, entonces, le anulan, que te anulen por haberse vencido el plazo para emitir el laudo es muy «rochoso», casi linda con el dolo; no lo es, pero bueno.

Hay una pregunta que no me la han hecho, pero me la voy a hacer a mí mismo: ¿la Contraloría es responsable? Eso es algo que no se ha preguntado, pero creo que es un buen tema para la próxima.

¿Cuál es la responsabilidad de la Contraloría? No voy a contestar, pero creo que sí es responsable y debería ser responsable por muchas de las cosas. El que no apruebe adicionales, creo que debería ser un asunto de responsabilidad civil, creen que están ahorrando recursos cuando no aprueban un adicional, es más, sacan sus números y dicen «hemos ahorrado al Estado tanto», no cuentan ahí todos los gastos generales, hay que parar la obra mientras la Contraloría aprueba, no están aprobando cosas que sí se han ejecutado correctamente y que eran necesarias y lo que va a costar volverlo a hacer.

**Cuarta pregunta:** ¿La entidad tiene responsabilidad por la falla de un expediente elaborado por un contratista?

**Leysser León Hilario:** Lo que pasa es que un expediente mal elaborado, con fallas, como se dice en la pregunta, tiene consecuencias y todo lo que esté fundado en el hecho de que el expediente esté mal hecho, le corresponde a su autor, al que lo ha elaborado, así que la entidad no debería ser responsabilizada; pero, a la entidad no se le hace responsable en el sentido de demandarle un resarcimiento cuando el contratista sabe que el expediente está mal hecho, sino que el contratista, a pesar de que ha tenido participación en la elaboración del expediente, lo que pretende hacer valer, son los derechos que le corresponderían si él hubiera estado ajeno a esa etapa de la contratación, es por eso que la ausencia

de responsabilidad de la entidad debería concretizarse en una negación, en desvirtuar las pretensiones de un contratista por las pretensiones que oponga y que tengan origen en un expediente cuyas fallas les son imputables.

## MESA 2: CUESTIONES CLAVE EN LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Mariella Guerinoni Romero*  
*César Guzmán-Barrón Sobrevilla*  
*Ricardo Rodríguez Ardiles*  
*Ricardo Gandolfo Cortés*

### LA CONCILIACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

*Mariella Guerinoni Romero\**

Muchas gracias, muy buenas noches. En primer lugar, agradecer a la doctora Marlene Anchante y a la doctora Silvia Rodríguez por la invitación a esta nueva versión del congreso que habitualmente organiza esta casa de estudios, que es mi casa de estudios, a través del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos.

El tema que me toca abordar el día de hoy es el de la conciliación en la contratación con el Estado. Desde siempre, la conciliación ha sido un mecanismo alternativo de resolución de controversias expresamente permitido en la normativa de contratación estatal; y, a diferencia de

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, árbitro y docente de formación continua del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Asimismo, es experta en resolución de conflictos, contrataciones con el Estado y gestión de contingencias legales. Exdirectora de arbitraje administrativo del OSCE, conciliadora extrajudicial, egresada de la maestría de derecho internacional económico PUCP y en derecho procesal y solución de conflictos en la UPC.

lo que ha sucedido recurrentemente respecto al arbitraje, la normativa especial de contratación estatal no se ha inmiscuido ni ha pretendido incluir características *sui generis* a la institución de la conciliación; pero, sí existen algunas particularidades que son, precisamente, las que vamos a tratar el día de hoy.

Antes de entrar en materia, quisiera decirles que —y ustedes ya seguramente lo saben por la práctica profesional— la contratación extrajudicial es un mecanismo altamente regulado por la ley de conciliación y por su reglamento; el órgano rector es el Ministerio de Justicia, que tiene a su cargo todo lo que es la acreditación, registro, habilitación, supervisión, fiscalización y hasta sanción de los operadores de la conciliación. Y, ¿quiénes son los operadores de la conciliación?, los conciliadores, los centros de conciliación, los capacitadores en conciliación y los centros de capacitación en conciliación.

Entonces, existen aspectos formales regulados en la normativa de conciliación que establecen plazos obligatorios, a veces muy cortos; incluso, hasta llegan a decir cómo deben ser las características del local del centro de conciliación, hasta ese punto llega la regulación.

En segundo lugar, quisiera decir, en forma general, que la conciliación está sujeta a principios, a principios éticos y a principios procesales. Entre los principios éticos, la neutralidad, la imparcialidad, la equidad, la confidencialidad; y, en cuanto a principios procesales, celeridad, veracidad, legalidad, economía, etcétera. Ésos son los principios más importantes.

De otra parte, vemos que la conciliación —y eso también de manera general— es formal por esos requisitos que son regulados por la ley; e institucional porque, finalmente, la conciliación solamente, bajo el esquema de la ley, se puede llevar a cabo a través de un centro de conciliación debidamente acreditado por el Ministerio de Justicia; y la conciliación estará a cargo de un conciliador debidamente acreditado por el Ministerio de

Justicia. Entonces, ¿qué significa esto?, que además de institucional, no cualquiera puede ser conciliador. La norma sobre conciliación no exige una profesión, pueden ser una ama de casa, sin menospreciar, por supuesto, a las amas de casa, puede ser cualquier persona, pero tiene que sí estar acreditado por el Ministerio de Justicia y llevar el curso.

Entonces, mi opinión es que la conciliación estatal que, además, está sujeta a esta norma de manera supletoria, se tiene que llevar a cabo en un centro de conciliación y a través de un conciliador acreditado, y este conciliador en contratación estatal tiene que ser un conciliador también especializado en contratación estatal por las particularidades de la normativa. No nos olvidemos de que el conciliador, además de ser un facilitador de la comunicación y de la negociación, puede proponer fórmulas conciliatorias; entonces, mal podría proponer fórmulas conciliatorias si no conoce la normativa de contratación estatal.

Entrando en materia —voy a hablar muy rápido porque creo que el tiempo se va a pasar—, en relación al uso de la conciliación, de acuerdo a la ley de conciliación y su reglamento, sabemos todos que es obligatoria en todo lo que son materias conciliables, tanto así que se castiga con improcedencia por manifiesta falta de interés para obrar al demandante que presenta su demanda ante el Poder Judicial, no habiendo recurrido previamente a la conciliación. En el caso de la contratación estatal, es facultativa y así ha sido siempre en contratación estatal. Esto, incluso, lo podemos corroborar con la cláusula modelo de solución de controversias que está incluida en la proforma de contrato de las bases y, si hacen un análisis de las bases anteriores, encontrarán que indica «facultativamente, cualquiera de las partes tiene derecho a recurrir al arbitraje»; entonces, es facultativa.

Si no se opta por recurrir a la conciliación previamente al arbitraje, no hay ningún problema, no es obligatoria; sin embargo, la normativa de contratación estatal nos dice que por acuerdo de partes, según el acuerdo de partes, la controversia se resuelve por conciliación o por

arbitraje. Y ¿esto qué significa? Esto significa que las entidades, considerando el objeto del contrato, la cuantía del contrato, las materias que podrían ser objeto de controversia, podrían reformular este modelo que está en la base y, de repente, establecer cláusulas escalonadas y, por ahí, establecer la conciliación como mecanismo alternativo obligatorio. Nada lo impide, porque la normativa expresamente dice que es por acuerdo de partes; más aún, los participantes en la etapa de consultas y observaciones, podrían sugerirle a la entidad, considerando también las características del objeto del contrato y el monto, incluso, por rangos, la conciliación como mecanismo obligatorio; no está prohibido.

En cuanto a las materias conciliables, la normativa general nos dice que son conciliables todas aquellas materias que son de libre disposición. Esto es así en todos los medios alternativos. Si ven la ley de arbitraje, también verán que solamente aplica para arbitrar derechos que son de disposición de las partes. En contratación estatal, las materias arbitrales son aquellas controversias que surgen durante la etapa de la ejecución contractual, puede ser por la resolución del contrato, la ejecución, la interpretación, inexistencia, etcétera, del contrato.

Hay un acierto que tiene la nueva normativa, que ha eliminado como materia conciliable la nulidad del contrato y eso tenía que ser así y, además, converge perfectamente bien con nuestra ley de conciliación del año 1997, que indica, precisamente, que el acto jurídico no es conciliable. Evidentemente, las causas que podrían generar la nulidad de un contrato de contratación estatal son causas de orden público, que no son de disposición de las partes, por ejemplo, transgredir el principio de presunción de veracidad o no cumplir los requisitos para las compras directas, o incurrir en actos de corrupción, o haber contratado estando impedidos, no son de disposición de las partes, son disposiciones de orden público. Entonces, bien ha hecho la normativa, específicamente la Ley n.º 30225, en excluir la nulidad del contrato como materia conciliable, indicando que solamente puede ser objeto de arbitraje.

De otro lado, en la normativa de contratación estatal, tenemos materias conciliables específicas y ¿a qué me refiero con específicas?, que solamente podrán ser conciliables si la conciliación se presenta dentro del plazo de caducidad, computado desde el momento en que se genera el hecho que da lugar al inicio del plazo de caducidad. Por ejemplo, tenemos valorizaciones y metrados, o tenemos recepción y conformidad de bienes y servicios, resolución de contrato, liquidación de obra, recepción de obra, indemnización por no inicio de obra, vicios ocultos, etcétera, determinadas materias que están establecidas en el reglamento, cuyo hecho generador para que se inicie el cómputo del plazo de caducidad es distinto en cada caso; y eso hará que la materia sea conciliable o no, porque si caducó el derecho, evidentemente, ya no va a poderse conciliar.

Entonces, ¿qué implica eso? Que los operadores de la contratación estatal tengan un seguimiento prolijo y muy detallado de la gestión de su contrato para que, precisamente, no se perjudiquen con el plazo de caducidad. A eso le llamo yo materias conciliables específicas. Por lo demás, fuera de estas materias específicas, las demás materias o las demás controversias pueden ser resueltas por conciliación hasta antes de la fecha del pago final.

Una materia que, evidentemente, sabemos todos que está excluida por la Ley n.º 30225, son todas aquellas pretensiones a través de las cuales se pretende, valga la redundancia, solicitar una compensación por adicionales de obra no autorizados, o parcialmente autorizados por la entidad o por la Contraloría General de República. Esa materia es exclusivamente de competencia del Poder Judicial.

En tercer lugar, para efectos de recurrir al arbitraje, la normativa de contratación estatal comete nuevamente el mismo error. ¿Qué nos dice? Nos dice que, concluido el procedimiento conciliatorio por falta de acuerdo o acuerdo parcial, la parte interesada puede recurrir al arbitraje dentro del plazo de caducidad. La conciliación no termina exclusivamen-

te a través de falta de acuerdo o acuerdos parciales; la ley de conciliación reconoce otras formas en que la conciliación puede culminar, por ejemplo, inasistencia de una parte a dos audiencias; por ejemplo, inasistencia de las dos partes a una audiencia; o decisión motivada del conciliador.

Entonces, debemos interpretar que aun cuando la normativa nos diga «con la falta de acuerdo» o «con el acuerdo parcial», debemos entender que si una de las partes, la parte invitada, no acudió a la audiencia de conciliación, igualmente se podrá recurrir al arbitraje, luego de que tengamos el acta que concluye el procedimiento por esa causa. Entenderlo de otra forma sería hasta inconstitucional, ya que estaría restringiendo el acceso a un derecho constitucional, como es el de la tutela jurisdiccional.

En cuarto lugar, en cuanto al procedimiento de conciliación, aquí sí hay una flexibilización por la nueva normativa en relación a la duración. Normalmente tenemos dos días para enviar la invitación, siete días que deben mediar hasta que se realice la audiencia y la audiencia, que es una audiencia única, se puede llevar en diversas sesiones por treinta días calendario. ¿Qué hace la ley de contratación estatal? Flexibiliza el procedimiento, siempre y cuando se requiera de resolución autoritativa y siempre se va a requerir de resolución autoritativa, porque por la 1326 —todavía no vigente—, que está en *vacatio legis*, siempre y, por la normativa actual sobre defensa de los intereses del Estado, por una cantidad superior a las cinco UIT, siempre la va a requerir. Entonces, se puede suspender la audiencia por treinta días hábiles —no calendario como habla la ley de conciliación— e, incluso, por acuerdo de partes, se puede prolongar por treinta días hábiles adicionales.

Luego, la nueva normativa de contratación estatal indica que, presentada una propuesta de conciliación por parte del contratista, la entidad debe proceder a realizar el análisis costo-beneficio, considerando el tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana

posible. Esta norma, que está en la ley actualmente, Decreto Legislativo n.º 1341, es complementada por el reglamento y ¿qué nos dice?, que hay que analizar la decisión de conciliar o de rechazar un acuerdo conciliatorio, considerando todos esos aspectos de costo-beneficio; y, además, considerando los riesgos que implicaría el normal desarrollo de la ejecución contractual o el no alcanzar la finalidad del contrato, que no es otra cosa que satisfacer necesidades públicas y cumplir finalidades públicas.

Entonces, vemos que con la nueva normativa de contratación estatal lo que se quiere es fomentar, precisamente, el uso de la conciliación, cuestión que me parece extraordinaria porque la conciliación como método autocompositivo, es un método extraordinario de solución de controversias. En general, muchos ven la conciliación como una pérdida de tiempo, como una barrera de acceso a la justicia, como una dilación para la solución de controversias, cuando resulta que es una oportunidad y el Estado tiene que aprovechar esta oportunidad. Sabemos de los temores de los funcionarios públicos a conciliar; sabemos que los órganos del Sistema Nacional de Control muchas veces no entienden que la conciliación sería lo óptimo; sin embargo, acá van a tener que caminar juntos; caminar juntos entidades, los órganos del Sistema Nacional de Control, los propios contratistas; y, por supuesto, los operadores del Sistema de Conciliación.

Resulta paradójico —y con esto concluyo— que la propia Contraloría General de la República, en ese estudio de arbitraje y contratación estatal del 2003 al 2013, indique que en el 80% de los casos, el Estado paga el 50% de los gastos arbitrales; en el 13% de los casos, paga el 100% de los gastos arbitrales; y, en el 5% de los casos, paga diversos porcentajes, según lo haya determinado el tribunal arbitral en el laudo. Entonces, de manera gruesa podemos decir que en el 98% de los casos, el Estado siempre paga gastos arbitrales, siempre los va a pagar.

Entonces, seguramente utilizando la conciliación, hubiera podido ahorrarse muchos de estos costos y, además, en ese mismo estudio la

Contraloría recomendaba la conciliación para resolver controversias de gestión de obras públicas y compras. Así que esperemos los resultados, veremos con el tiempo los resultados de estas medidas que, para mí, son muy positivas. Ya lo conversaremos en su momento.

Muchas gracias.

ARBITRAJE INSTITUCIONAL, ARBITRAJE *AD-HOC* Y  
ACREDITACIÓN DE LOS CENTROS

*César Guzmán-Barrón Sobrevilla\**

Bueno, buenas noches. Yo también quiero agradecer al Centro del cual, como comprenderán, me siento parte, soy parte todavía de la Corte de Arbitraje, y mencionar brevemente que lo que Mariela acaba de exponer es un reto para saber, en la medida en que aquí haya presentes funcionarios públicos, si consideran suficiente la norma modificatoria de la ley de contrataciones del Estado en materia de conciliación, como para poder superar el conocido temor a la famosa frase «preguntado diga, asustado responda»; es decir, cuando viene la Contraloría —yo he sido funcionario durante veintitrés años y sé lo que significa— si es suficiente para que aquellos funcionarios se sientan respaldados por ese informe legal, respaldados por la norma que dice que no son responsables si es que no concilian, para que realmente concilien.

---

\* Abogado y magíster en Humanidades por la Pontificia Universidad Católica del Perú, asociado del estudio NPG Abogados, profesor principal de la Facultad de Derecho de esta casa de estudios y miembro de la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Asimismo, es exdirector fundador del CARC-PUCP, árbitro, mediador, conciliador extrajudicial y facilitador, experto en mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Ojalá que esto sea así, porque ésta es una situación, que tiene muchos años, no sólo aquí. En muchos países, el funcionario público tiene temor de conciliar por el temor natural a la responsabilidad posterior.

Me ha tocado hablar del arbitraje institucional y del arbitraje *ad-hoc* en la ley de contrataciones del Estado. Yo quería comenzar recordando lo que establece el Decreto Legislativo n.º 1431 sobre el tipo de arbitraje, en la modificatoria del artículo 45 de la ley anterior, de la modificatoria anterior, porque es una modificatoria sobre otra modificatoria; y, sobre eso quisiera recordar solamente lo que la norma establece. En la ley —ustedes lo conocen muy bien, así que lo voy a pasar muy rápido— que todavía está vigente, porque la norma modificatoria no se ha aprobado, se aprobó en el Congreso, pero no ha cambiado la norma todavía, no se ha publicado en *El Peruano* (ni tampoco sabemos cuál va a ser la reacción del Poder Ejecutivo sobre esta ley modificatoria), establece todavía que el arbitraje es, básicamente, institucional en materia de contrataciones del Estado; y, que excepcionalmente, se recurrirá al arbitraje *ad-hoc*.

Esto implica, en la regulación todavía vigente, que el arbitraje institucional era la regla general, y que el arbitraje *ad-hoc* era la excepción.

¿Sobre qué realidad se basó esta regulación? Sobre una realidad que yo quisiera compartir con ustedes. Es una opinión, ustedes pueden opinar absolutamente diferente. En la actualidad, existe un predominio del *ad-hoc* sobre el institucional en contrataciones del Estado, éste es un hecho fáctico. En el informe de la Contraloría General, que ha sido ya citado varias veces, se establece que el 62% de los arbitrajes de contrataciones del Estado son *ad-hoc*, y el 37% son institucionales. A su vez, en el estudio que se hizo en la Católica hace algunos años, se establece que el 71% son *ad-hoc* y el 16% institucionales. A su vez, en una de las participaciones que tuvo el OSCE en uno de los congresos que organizamos en el centro, aquí en la Católica, ellos señalaban que el arbitraje *ad-hoc* era 80% y el arbitraje institucional, 20%.

Frente a esto, concluyo con algo muy simple, la mayoría de los casos de contrataciones del Estado son *ad-hoc* y no institucionales, objetivamente. Y, ¿por qué se varía esta realidad? Nosotros creemos que la variación de esta realidad del legislador, de esta modificatoria del decreto legislativo que hemos mencionado, es porque —y ésta es mi opinión— el arbitraje institucional posee más ventajas y menos riesgos que el arbitraje *ad-hoc* para la contratación pública, en particular. No estoy hablando del arbitraje entre privados.

Y, ¿por qué se varió esta realidad? El arbitraje *ad-hoc* tiende menos hacia la transparencia, que a nosotros nos parece muy importante en el arbitraje institucional, dado que estamos administrando recursos públicos; fondos del Estado. El institucional brinda seguridad jurídica, reglas que preexisten a la controversia, secretarios independientes —muchos están aquí presentes—, sedes conocidas, permanencia en el tiempo. El arbitraje *ad-hoc* carece de supervisión, solamente tienen que enviar sus laudos al Seace, no hay instituciones que supervisen necesariamente sus actuaciones y hay una amplia discrecionalidad para aplicar las reglas en la conducción de las actuaciones arbitrales. Y éstos son hechos, no estamos haciendo calificaciones.

En cambio, en el arbitraje institucional hay dos características que nos parecen muy importantes: predictibilidad y transparencia, porque hay una tabla de aranceles mediante la cual se puede conocer cuáles son los costos que va a significar el arbitraje; se aplican reglas éticas sobre los árbitros; y, en algunos casos sobre las partes, depende del reglamento o del código de ética de cada centro; la existencia de órganos destinados a garantizar su cumplimiento, que son las cortes de arbitraje; el uso de listas de árbitros que facilitan la designación de los mismos o que garantizan la idoneidad del árbitro, si los nombra por defecto la institución encargada, que solamente son las cortes o los consejos; el soporte institucional para el desarrollo del arbitraje y el apoyo logístico que ofrece un arbitraje institucional; la existencia de la institución en un lugar pre-determinado y su permanencia en el tiempo, que permite tener acceso y conservar las actuaciones arbitrales de forma segura.

¿Por qué variar esta realidad? Aparte de éstas, que pueden ser opiniones sobre las cuales podemos estar de acuerdo o no, es interesante lo que la Contraloría General de la República establece en este famoso estudio, ya citado; hoy mismo lo acaba de citar muy bien Mariela, donde la Contraloría General dice que «el arbitraje institucional constituye un mecanismo más confiable, que cuenta con procedimientos establecidos y previamente definidos, a los cuales las partes aceptan someterse. Además, está a cargo de instituciones especializadas con árbitros calificados». No lo digo yo, lo dice la Contraloría.

«Estos factores —dice la página 103 del informe— serían los que definirían la decisión de las partes de la relación contractual de recurrir a este tipo de arbitraje, asegurando al mismo tiempo la calidad de los laudos y su ejecución, disminuyendo las posibilidades de que el laudo arbitral sea recurrido en nulidad».

¿Por qué variar esta realidad?, Congreso de la República, informe sobre el caso Orellana, que todos conocemos: el arbitraje *ad-hoc* implica mayor riesgo de malas prácticas. ¿Qué dice el Congreso de la República?, página 6 de su dictamen, «Frente a la crisis y desprestigio que viene sufriendo la institución arbitral, se plantee mediante proyecto de ley que modifica la ley de contrataciones del Estado —en ese momento, Decreto Legislativo n.º 1017— para que se supriman las conciliaciones y arbitrajes *ad-hoc*, y sólo se hagan en instituciones de reconocido prestigio (arbitraje institucional)». No lo digo yo, lo dice el dictamen del Congreso de la República.

Y ¿qué dice la Comisión Presidencial de Integridad?, esa comisión que presidió el ex Defensor del Pueblo. Conclusión 34: «establecer que el arbitraje en materia de contratación pública sea únicamente institucional, tomando en cuenta las ventajas que tiene éste sobre el arbitraje *ad-hoc* en materia de transparencia, seguridad y predictibilidad». «Para estos efectos —dice la conclusión 34— las instituciones arbitrales deberán ser acreditadas por el OSCE».

En conclusión, las recientes modificaciones introducidas en el artículo 45 de la Ley n.º 30225 por el Decreto Legislativo n.º 1341, tienen por finalidad —en mi modesta opinión— reducir el riesgo de malas prácticas en los arbitrajes con el Estado, toda vez que buscan incentivar en ellos transparencia, confianza y seguridad jurídica, valores que tienen por objeto lograr la tutela del interés público y el uso adecuado de los recursos públicos, que son los que están en juego en el arbitraje de contrataciones con el Estado.

Sin embargo —ya viene el tema que yo quisiera que pudiéramos ver detenidamente—, estamos retornando al régimen anterior, vale decir, el Proyecto de Ley n.º 1206/2016-CR, que fue aprobado el 4 de mayo, establece la derogatoria de la modificación del artículo 46.1 de la Ley de Contrataciones del Estado que hemos comentado y, como vimos, es un importante avance en la lucha contra las malas prácticas —yo no utilizo la palabra «corrupción» porque tiene muchas incidencias, prefiero utilizar simplemente «malas prácticas»—.

Según la Comisión de Constitución, «establecer la obligatoriedad del arbitraje institucional en las contrataciones del Estado es inconstitucional —lo dice expresamente el informe por todos conocido—, pues contribuye una injerencia —leo porque es el texto formal— sobre la libertad contractual del contratista, al imponer que la solución de controversias se defina mediante una modalidad de arbitraje específica». Se busca, por tanto, restituir la vigencia del artículo 45.1 de la Ley n.º 30225, restableciendo, en consecuencia, la posibilidad de recurrir o al arbitraje *ad-hoc*, o al arbitraje institucional.

¿Cuál es nuestra interpretación? Mi opinión personal es que la modificación al artículo 45 del Decreto Legislativo n.º 1431 es constitucional, no es inconstitucional, porque —y aquí ustedes pueden opinar totalmente distinto— a efectos constitucionales, el arbitraje de contratación pública no se sustenta en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, conforme refiere el dictamen que sustenta la restitución del

original artículo 45 de la Ley n.º 30225; sino más bien, en su artículo 63, siendo que lo establecido entre uno y otro precepto, contiene diferencias importantes.

Veamos por qué. Éste es el artículo 62 de la Constitución, que ustedes pueden leer. Subrayo lo que está en negrita: «Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley»; es decir, establece una fórmula de solución arbitral. Y el artículo 63 es aquél que establece que el Estado pueda arbitrar y, en su último párrafo, señala: «El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley». Subrayo.

¿Qué quiere decir esto? —y esto es una opinión—; el artículo 62 regula el arbitraje entre privados, es decir, tanto en el artículo 62 como en el 63, existen menciones expresas al arbitraje; sin embargo, la gran diferencia es que el artículo 62 regula el arbitraje entre privados y, el artículo 63, regula el arbitraje entre un privado y el Estado. Es por eso que el artículo 62 es más flexible, pues establece, como ya mencionamos, cuál es la forma de llevar el arbitraje entre privados, es decir, los privados pueden acordar libremente las características de su arbitraje pactado en el contrato y, sólo de forma supletoria, se aplica la ley de la materia. Entonces, asegura a los privados en sus arbitrajes el cumplimiento del derecho a la libertad de contratar.

Sin embargo, el artículo 63, el otro artículo de la Constitución, regula el arbitraje entre el Estado y un privado, y dice —y aquí la figura evidentemente cambia—: «El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también —aparte de los tratados, un tratado tipo Ciadi, por ejemplo,

que se ha comentado por el grupo que habló hoy día— someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. Es decir, la ley va a señalar la forma en que el Estado va a arbitrar; la ley.

Como se aprecia, no se hace, por tanto, ninguna mención al contrato, sino únicamente a la ley y no bajo un mandato de aplicación supletoria, sino de un mandato de aplicación directa. En pocas palabras, cuando el Estado arbitra con particulares, el arbitraje se desarrolla únicamente conforme lo disponga la ley.

Por tanto, estamos entre dos opciones distintas. Una es el tema de que la Constitución reconoce el derecho a la libertad de contratar en el arbitraje que yo llamo privado; y otra es la del artículo 63 de la Constitución, que regula lo que es el arbitraje en contrataciones del Estado. Es más, hablando de libertad de contratar, si ustedes son funcionarios públicos y celebran un contrato, tienen que ir a arbitraje, ¿sí o no? Sí, ¿por qué? Porque la ley lo establece, la ley obliga. Igualmente, la ley puede obligar a que vayan a un arbitraje institucional y no a un arbitraje *ad-hoc*.

En consecuencia, en mi modesta opinión, la libertad contractual ha sido absolutamente respetada y este dictamen está absolutamente equivocado en mi opinión legal, es decir, es inconstitucional.

Esto, evidentemente, si es que se mantuviera la norma actual, obligaría a los centros de arbitraje a fortalecerse porque tienen que ser supervisados, tienen que actuar honestamente, tienen que demostrar que, efectivamente, son arbitrajes transparentes y predictibles. Si es que la norma mantuviera su vigencia, tema que todavía no se sabe, porque la ley no ha sido publicada, está todavía en manos del Congreso a raíz de un problema de forma, después tendría que pasar al Poder Ejecutivo, y el Poder Ejecutivo puede observarla o no; y veremos qué va a pasar. Si esto pasara, es decir, si se mantuviera la norma, yo creo que hay dos necesidades fundamentales. Primero, elevar todos los requisitos de acreditación de las instituciones arbitrales, para que cualquiera no

forme un centro. Hace un momento hablaba Mariela de conciliación. La conciliación fracasa porque cualquiera puede formar un centro de conciliación y ustedes lo saben muy bien. Si esto pasara con esta ley, sería terrible. Empoderar las instituciones arbitrales es lo que nosotros proponemos y está puesto en esas notas.

Las instituciones arbitrales, por tanto, si es que esta norma se mantuviera y aun cuando no se mantenga, yo creo que tienen retos. El reto más importante es que sus reglamentos hagan cada vez más transparente el sistema arbitral para evitar, por ejemplo, lo que ya se mencionó en el otro grupo, la designación reiterativa de árbitros por una misma parte, distorsiones en el cumplimiento del deber de revelación, grupos de árbitros o «carruseles» que rotan en diversos tribunales y en diversos casos. Es decir, las malas prácticas, amigos, pueden superarse, en mi opinión, manteniendo el artículo 45 como estaba en el decreto legislativo que se dictó, fruto de las facultades extraordinarias que dio el Congreso. Lamentablemente, hemos dado un paso atrás.

Muchas gracias.

## DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO Y EL COSTO DE OPORTUNIDAD

*Ricardo Rodríguez Ardiles\**

Buenas noches. En primer lugar, mi agradecimiento por la invitación al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la persona de su directora Marlene

---

\* Abogado por la Universidad San Martín de Porres; árbitro y consultor en materia de contratación pública y arbitraje; docente invitado en cursos de pos título; exasesor legal y gerente general de la Cámara Peruana de la Construcción y ponente en numerosos congresos y conversatorios.

Anchante; y también el placer de estar nuevamente en este congreso y nada menos que compartiendo la mesa, además de los colegas, con el doctor César Guzmán-Barrón, gestor y, como esa frase que se viene repitiendo en estos días a nivel político, líder histórico de estos congresos y del arbitraje en la PUCP.

Mi tema es un tema mucho más práctico, aun cuando, evidentemente, por sus características, se va a mover en el tema estrictamente teórico, que es el referido al equilibrio económico financiero de los contratos y al costo de oportunidad. Y para eso y, a efectos de no sobrepasar el tiempo, voy a hacer casi una lectura comentada de las notas que tengo establecidas sobre el particular.

Lo primero que es pertinente tener en cuenta es que, salvo aquellos contratos que constituyen una liberalidad, el equilibrio económico es casi consustancial a cualquier tipo de contrato, puesto que, sobre todo en los contratos de prestaciones recíprocas y de tracto sucesivo, se asume como postulación inicial que entre la prestación y la contraprestación existe recíproca equivalencia, esto es, un equilibrio que conlleva a que ninguna de las partes, porque así lo declaran en el momento de la suscripción y admiten que hay una equivalencia entre lo que hago y lo que recibo, de modo tal que, de no mediar ninguna circunstancia perturbadora de dicha postulación inicial, los términos de la relación contractual no deberían modificarse, y más bien mantenerse a lo largo de la ejecución del contrato.

Este equilibrio, obviamente de naturaleza económica y financiera, tiene una expresión específica a través del precio o la cuantificación económica, utilizando una expresión lata, bastante amplia.

Ahora, ¿cómo es que surge esta teoría del equilibrio económico financiero del contrato?, ¿quién la propulsa? La propulsan los proveedores, no la propulsa el Estado, por supuesto. Tradicionalmente, esta teoría ha sido propulsada por la parte prestadora del bien, servicio u

obra, en función del reconocimiento de los privilegios del Estado en la relación contractual, tratando de cautelar que no se produzca desequilibrio por efecto de la imprevisión, del azar económico, del derecho unilateral de la variabilidad del contrato por parte del Estado, y por los actos del príncipe o del azar administrativo.

En el Perú, históricamente, esta primera manifestación de buscar el equilibrio económico de los contratos, se dio en los contratos de obra, que allá por el año 1977-1979, da origen a la búsqueda de tener las mismas condiciones en los contratos de obra celebrados por empresas constructoras nacionales con el Estado, que tenían los contratos de obra celebrados por empresas extranjeras con el Estado. Y, ¿qué es lo que dicen en aquel entonces, que es la misma realidad actual? Que es necesario reconocer, a través de una fórmula matemática, cualquier distorsión que se produjera en el precio pactado como consecuencia de ese fenómeno económico de la variación de precios por causas ajenas a la relación contractual, y que eran verificables en la realidad.

Esto dio origen al establecimiento de fórmulas monómicas o polinómicas, a fin de cautelar el mantenimiento del precio en el tiempo de ejecución del contrato. Hoy por hoy, incluso la nueva ley de contrataciones, o la ley modificada o, como quiera llamarse, sigue haciendo referencia al Decreto Supremo n.º 011-79-BC, que nos manifiesta que, desde aquel entonces, sobre todo en los contratos de obra, se buscó la equiparidad, el mantenimiento del precio durante todo el proceso de ejecución del contrato. Esta modificación fue de tal naturaleza, que dio origen a la creación de un organismo regulador sobre el particular, para establecer los factores que sirven para la aplicación de las fórmulas polinómicas, en aquel entonces, el Consejo de Reajuste de los Precios de la Construcción, Crepco, ya inexistente y, actualmente, el Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Pues bien, sin embargo, esto que pareció un logro, no fue completo y no fue completo por una razón simple, que es necesario tener siempre

en cuenta. El concepto de equilibrio económico financiero no es un concepto estático, es un concepto dinámico y los proveedores lo advirtieron, dándose cuenta de que la fórmula polinómica, si bien podía ser exitosa en su concepción, no cubría el desequilibrio que se producía en todos los casos, pues existían otros factores que no estaban inmersos dentro de la inflación, pero que igualmente incidían en el precio de la prestación, tales como las disrupciones ajenas a la voluntad que dan origen a periodos de inmovilización o improductividad de equipos y personal, retrasos en los pagos que los intereses no cubren, sobrecostos de mantenimiento de garantías, etcétera; y que van más allá del concepto de equilibrio económico, puesto que son, en buena cuenta, aspectos inmersos en el equilibrio financiero y que de no ser atendidos, les irrogan perjuicios, esto es, se origina un desequilibrio.

Ahora bien, reconociéndose la potestad del Estado para la modificación unilateral del contrato como, por ejemplo, la ejecución de mayores prestaciones a las inicialmente pactadas, pero bajo las mismas condiciones del pacto original, o la reducción de las contratadas sin reconocimiento de compensación alguna, son aspectos igualmente que se incluyen dentro de la teoría del equilibrio económico financiero y que, por ende, pueden dar origen a que se solicite el restablecimiento de dicho equilibrio, de generarse perjuicio.

Los impactos derivados del azar administrativo o hecho del príncipe, son igualmente factores que inciden en la ecuación del equilibrio del contrato. Son aspectos necesariamente comprendidos dentro de la teoría que nos ocupa, a efectos de que esos hechos que, si bien son potestativos de la administración, no sean generadores de perjuicios para quienes son sus colaboradores en el cumplimiento de sus fines, es decir, sus proveedores que, en su condición de agentes económicos del sector privado, asumen una acción participativa directa en el quehacer del bien común, al suscribir un contrato con el Estado.

En el Perú y dentro del marco de la ley de contrataciones del Estado, toda esta teoría puede entenderse que se encuentra comprendida dentro de la expresión «principio de equidad», contemplada en el literal i) del artículo segundo, al establecerse que por el mismo, 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.

En consecuencia, y dada la amplitud del principio, podría resultar factible que al amparo del mismo, los proveedores del Estado, aun en los casos en los que éste ejerza su prerrogativa del *ius variandi*, bajo estipulaciones específicas, como ejecución de prestaciones adicionales al mismo precio y condiciones de las del pacto original, pueden solicitar que si tal hecho afecta su equilibrio económico financiero por la oportunidad en que se dispone de esa prestación adicional, se solicite el cumplimiento de restitución del equilibrio y el pleno cumplimiento del principio de equidad.

Me explico. Es una norma que todos conocemos, que el Estado tiene la facultad de ordenar a su proveedor, si se trata de bienes o servicios, la ejecución de hasta un 25% más de lo que se ha originalmente obligado; y, en el caso de obras, de un 15% sin autorización de la Contraloría, y un porcentaje análogo con su autorización; pero, esos adicionales son respetándose los mismos precios pactados en el contrato. La pregunta es y me voy a poner en el caso de un proveedor de un bien, tengo que hacer una provisión en largo tiempo, tres años, si finalizando el año segundo el Estado me dice: «necesito más bienes de los que me estás dando», me ha comprado 5,000 computadoras el Estado y me dice: «ahora necesito que me des un 25% más». Esas computadoras que tienen una norma específica dentro de la normativa que deben ser entregadas al Estado al mismo precio del contrato original, ¿puede el proveedor conseguirlas del fabricante al mismo precio que tuvo hace dos años? Tal pareciera que no; la respuesta es no por una cuestión de mínima comprensión de economía de escala.

Sin embargo, eso no está previsto en la normativa. Con el principio de equidad se abre una puerta. Ahora, ¿ésta es una puerta muy abierta o es una puerta solamente entreabierta?, porque habrá acá una gran discusión. Esa previsión que tiene el proveedor del Estado, en el sentido de que se le puede ordenar ese 25% adicional con los mismos precios pactados en el contrato original, ¿es algo que debe ya prever el contratista o es algo que podría ser excluido de esa previsión y caer dentro del principio de equidad?

Ésa es una discusión que todavía no se ha dado y que, probablemente, se dará cuando un proveedor le diga a su propio ente contratante: «tú me compraste 5,000 hace tres años y yo conseguí las computadoras a 1,000 soles porque eran 5,000; ahora quieres que te dé 25% más de éstas y esas computadoras puede que ya no existan en el mercado y las sustitutas no valen 1,000, sino que valen 3,000 y yo no te las puedo entregar». Ahí habrá una confrontación entre la norma específica, que establece la facultad del *ius variandi* por parte del Estado hasta un 25% y el principio de equidad, que podrá invocar el proveedor ante el ente y le diga «te lo puedo dar, te lo puedo comprar; pero, reconócame la diferencia porque, de lo contrario, me creas perjuicio».

Ahora bien, este tema es la primera parte, digamos, de lo que se me encargó para poder exponer: el equilibrio económico financiero. Pero, la segunda parte, la colita de la exposición, está referida al costo de oportunidad.

Lo primero, es que para cumplir este segundo alcance sobre el costo de oportunidad, debemos ponernos de acuerdo sobre qué entendemos por costo de oportunidad. Entendemos como tal al costo de la inversión no realizada de la operación alternativa no ejecutada, por realizar la elegida. Tratándose de dinero o recurso económico, por ejemplo, el costo de oportunidad del mismo, puede verse reflejado en la rentabilidad que significa disponer de la liquidez en un momento dado frente a la no percepción del mismo monto dinerario en la oportunidad pactada, aun cuando el no pago conlleve al reconocimiento de intereses legales.

Al igual que en el caso anterior, nos explicaremos. Si un proveedor del Estado debe recibir el pago de su prestación en una determinada fecha luego de cumplida la prestación, el retraso de dicho pago, aun cuando la normativa disponga el reconocimiento de intereses legales por la demora, lo cierto es que esa no disponibilidad de la liquidez le genera, no por decisión sino por imposición del mencionado no pago, un costo de oportunidad de dinero, ya que priva al acreedor de la factibilidad de optar por una decisión distinta de inversión y obtener por ese mismo patrimonio dinerario, una rentabilidad que no es compensada con el interés que potencialmente recibirá.

En una perspectiva lata del concepto, esta circunstancia puede ser comprendida como elemento integrante del equilibrio económico financiero del contrato, puesto que dicho no pago es en verdad un factor que impide la facultad de lograr una rentabilidad mejor en el mercado, esto es, el interés es menor al rendimiento del mercado y ello genera un desequilibrio.

No dudo de que es factible que se intente, mas no me atrevo a señalar el porcentaje de éxito que pudiese obtenerse, que algún proveedor reclame ese diferencial por costo de oportunidad del Estado; sin embargo, aunque comprensible, no estaría exento de riesgos respecto a aspectos indispensables como, por ejemplo, ¿ese costo de oportunidad respecto de qué inversión lo calculo?, ¿cuál sería el argumento para determinar que la inversión sea la reclamada y no otra?; y ¿cómo fundamentar que, efectivamente, esa inversión alternativa que no se efectúa tiene un comportamiento positivo, dada la fluctuación o volatilidad del mercado?, etcétera.

En consecuencia, si bien es cierto reconocemos y compartimos que puede existir un costo de oportunidad del dinero que puede ser reclamado al Estado, por la circunstancia específica del ejemplo del no pago, esto tiene una alta carga de prueba y, en esta carga de prueba, el trabajo va a tener que ser muy delicado.

Concluyo dentro de mis quince minutos otorgados; y, tal como hemos señalado, por el principio de equidad, el proveedor del Estado puede solicitar el cumplimiento del equilibrio económico financiero del contrato, aun cuando se trate de modificaciones que tienen sustento en disposiciones específicas legales, por cuanto, ante cualquier modificación que se produzca en la relación contractual y tal como establece el artículo 34.1 de la ley, aquéllas no deben afectar el equilibrio económico financiero; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer ese equilibrio, en atención al principio de equidad.

Esto parece simple, pero es en extremo complejo y la prueba será la piedra angular en la que reposará la probabilidad de éxito.

Muchas gracias.

#### EL ARBITRAJE Y LOS ADICIONALES DE OBRA

*Ricardo Gandolfo Cortés\**

Gracias, buenas noches. En primer término, quisiera agradecer, como es habitual, al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por habernos invitado a participar en este evento y felicitarlos; y agradecer a todos ustedes por su paciencia.

El tema elegido, debo confesarles, lo seleccioné deliberadamente, con el objeto de tratar sobre adicionales y arbitraje. Ustedes se pregun-

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, experto en contratación pública, gerente legal de Cesel S.A. y docente en la Maestría de Gestión y Administración de la Construcción de la Universidad Nacional de Ingeniería. Es árbitro, docente y consultor en contrataciones con el Estado, y autor de numerosos ensayos y artículos de difusión.

tarán, con justa razón, ¿cómo es que vamos a tratar sobre adicionales y arbitraje cuando, no se arbitran los adicionales? Eso es cierto, en nuestro país, actualmente, no se arbitran los adicionales en materia de contratación pública, pero no siempre fue así. En un principio sí se podía arbitrar el tema de adicionales; posteriormente, fue que se le han ido arañando materias a la competencia arbitral y extrayendo algunas cuestiones para que no sean de la competencia de la vía arbitral.

En el camino, ahora en la mañana, pensaba cómo enfocar este tema y se me ocurrió recordar un artículo que yo escribí el 16 de diciembre 2013, que fue publicado el 16 de diciembre del 2013 en el semanario electrónico *Propuesta*, y se titula, «Las lecciones del Teatro de la Ópera de Sídney». No les voy a leer el artículo porque no los quiero aburrir con eso; pero, simplemente, quiero referirles una línea del primer párrafo «El Teatro de la Ópera de Sídney, Australia, es considerado como una de las más importantes obras de ingeniería en el mundo. Su costo original fue estimado en 1957 —año en el que yo nací, entre paréntesis— en siete millones de dólares y la fecha de término prevista inicialmente era el 26 de enero de 1963; formalmente, sin embargo, los trabajos concluyeron en 1973, —o sea, diez años después— y su costo final fue de ciento dos millones de dólares, es decir, catorce veces el monto de su presupuesto de partida».

Bueno, en el artículo se explican las razones y en el último párrafo digo lo siguiente: «Ésta es la historia del Teatro de la Ópera de Sídney y éstos los motivos por los cuales los costos se empinaron catorce veces por encima de su estimado original, sin responsabilidad para el proyectista, ni para el contratista, ni para las autoridades. Que sus lecciones sean asimiladas por todos, especialmente por aquéllos que, en otros países y con legislaciones similares, creen que detrás de todo incremento hay necesariamente un perjuicio y debe haber un responsable. No es así en la mayoría de los casos».

Es importante recordar esto, en circunstancias como las actuales en que en nuestro país, cuando se menciona la palabra «adicionales» o «adenda»; ya creen que hay delito, que hay algún ilícito o, cuando menos, como se ha recordado acá, alguna mala práctica; y, la verdad, por fortuna, esto no es siempre así. Curiosamente, esta misma edición del semanario electrónico *Propuesta*, a la espalda del artículo sobre el Teatro de la Ópera de Sídney, traía un comentario sobre arbitraje *ad-hoc* e institucional, que es un tema que está de moda ahora, de manera que han pasado cuatro años y los problemas siguen siendo los mismos.

Bueno, repasemos, entonces, los conceptos de los adicionales y de estas cosas, revisando la normativa. Ya se ha señalado que «el contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la ley y el reglamento, por orden de la entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. [...] la modificación debe ser aprobada por la entidad», eso es algo muy importante, y no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato o, de lo contrario, la parte beneficiada debe compensar a la perjudicada, como nos ha ilustrado el doctor Ricardo Rodríguez en la intervención que me ha antecedido.

Muy bien, ahí está la balancita, el equilibrio económico financiero debe mantenerse. Luego, la norma nos dice «excepcionalmente» y comete el primer error, porque nos dice «excepcionalmente», como si fuera raro que la entidad tenga que ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales. En la primera mesa se repasó un poco este asunto de las prestaciones adicionales y hay que ser claros, ¿cómo es posible que no haya adicionales en una obra? Imagínense ustedes una carretera; en una carretera ¿cuándo aparecen los adicionales? Cuando después de hacer las perforaciones y el estudio, los proyectistas diseñan, se imaginan, cómo debe comportarse el terreno y, a la hora de la ejecución de la obra, se dan cuenta de que el terreno no responde a lo que estaba previsto y, entonces, ahí le ponen más material, más fierro,

más concreto, lo que fuese. Entonces, hay que adicionar, hay que ajustar la necesidad de la obra a su realidad.

Pues bien, ¿cómo se puede evitar eso?; muy fácil, ponle más fierro, ponle más cemento, todo eso y ¿qué trae como consecuencia esto? Que te diga «hiciste un presupuesto sobrevalorado, incurriste en sobrecostos». Entonces, si no evitas adicionales, incurres en sobrecostos; y si no incurres en sobrecostos, vas a tener adicionales; por algún lado tienes que caer y las cosas no son así. Ahora, es verdad que hay proyectos como, por ejemplo, de una central hidroeléctrica, en los que tú conoces el terreno, que son 1,000 m<sup>2</sup>, que los estudios al dedillo, al detalle, sabes perfectamente cómo se comporta el terreno, haces tus planos, proyectas tu central hidroeléctrica, viene el constructor y se limita a armar ese proyecto como si fuera un rompecabezas.

Entonces, lo más probable es que ahí no haya posibilidad alguna casi de algún adicional, porque no hay una sorpresa, conoces todo el terreno; pero en una carretera, en una obra hidráulica, no sabes a lo que te vas a enfrentar; tu posibilidad de estudiar el terreno está limitada a determinadas perforaciones que haces cada cierto trecho, ahí no puedes aventurarte, por eso sabiamente la ley dice, en algunos casos: «oye, esto no puedes contratar a suma alzada, tienes que contratar a precios unitarios, porque no sabes a lo que te vas a enfrentar; entonces, vas a necesitar mayor presupuesto». Entonces, eso de que la ley diga «excepcionalmente» es un primer error que debería sincerarse.

Y, ¿qué nos dice la ley? La regla general es que puedes incrementar hasta el 25% del monto del contrato original, siempre que sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato; también puedes reducir en ese mismo porcentaje. Y si pasamos revista de los diversos tipos de contrato, vemos que en bienes y servicios y consultorías, en general, puedes crecer hasta el 25%, en obras hasta el 50% y puedes reducir también en todos los contratos por ese mismo porcentaje, o sea 25%.

Luego, la ley nos dice: «tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el titular de la entidad». Y, luego, nos dice «en el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato, o por causas no previsibles —ha agregado la última modificación de la norma— en el expediente técnico de obra, y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el párrafo precedente —mayores a ese 15%— y hasta un tope máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto original del contrato, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el titular de la entidad puede decidir autorizarlas». Pero, se requiere contar para la ejecución y el pago, de la autorización de la Contraloría General de la República, otra institución que está de moda últimamente.

Bueno, en el caso de los adicionales con carácter de emergencia, dicha autorización se emite previa al pago. Luego, establece el procedimiento que tiene la Contraloría para aprobar estos adicionales.

Respecto de los presupuestos deductivos vinculados, a los que hizo referencia la norma, vale destacar que éstos son la valoración económica de las prestaciones de obra que no se ejecutarán, pese a haber estado inicialmente comprendidas en el contrato y que darán lugar a reducciones o supresiones de obra. Es un poco complicado restar presupuestos deductivos porque se trata, por ejemplo, de pisos contra pisos, pisos de parqué contra pisos de mayólica; eso puedes deducir, no puedes deducir otras cosas que no se relacionan.

Muy bien, entonces, los adicionales de obra se refieren hasta el 50% en obras; hasta el 15% con la autorización del titular de la entidad; hasta el 50% por autorización de la Contraloría General de la República. En supervisión de obras, la Contraloría debe autorizar cuando incrementas

más de 15%; cuando se derivan de variaciones en el plazo o en el ritmo de la obra; y cuando se refiere —en supervisión de obras también— a mayores prestaciones de supervisión, porque ha habido un adicional en la obra. Ahí sí, no interviene la Contraloría. Entonces, ustedes dirán: «¿por qué no interviene la Contraloría, si es un tema que supera un porcentaje inicialmente previsto?». Es que no interviene la Contraloría porque ya intervino al aprobar el expediente del ejecutor de la obra; entonces, tu contrato, al ser el supervisor, suscribiste un contrato, y éste, al ser accesorio, sigues la misma suerte del contrato principal.

Respecto a los servicios de supervisión —acá está diciendo lo mismo la norma—, en caso se produzcan variaciones en el plazo de obra, etc. Vamos a acelerar un poco, tenemos los adicionales en supervisión; hay que distinguir, por ejemplo, cuando los adicionales se refieren a nuevas tareas que debes ejecutar y que te representan mayor plazo, porque esos adicionales, como su nombre lo indica, también, se añaden a tu plazo; no los haces en tu mismo plazo; y, en consecuencia, repercutirán y necesitarán, por lo tanto, de una ampliación de plazo.

Hay otros adicionales que los ejecutas en tu mismo plazo, simplemente, ¿por qué? Porque, por ejemplo, el contratista abre nuevos frentes de trabajo o tiene más obligaciones que desarrollar y necesitas poner otros profesionales; más gente, más prestaciones que supervisar; entonces, en tu mismo plazo puedes hacerlo. Independientemente del plazo, el adicional puede darse, o sea puede presentarse un adicional en tu mismo plazo o puede presentarse un adicional que amplíe y te exija ampliar el plazo.

En todos los casos de adicionales deben reconocerte, al igual que las ampliaciones de plazos, costo directo, gasto general y utilidad. La gente a veces dice: «oye, ¿por qué le vamos a reconocer gastos generales?». ¿Cómo que por qué? Si tu contrato es, por ejemplo, de diez meses y tú eres un supervisor de obra; y, por causa que no es imputable a ti, se extiende dos meses más. Eso es como si tu contrato hubiese sido de doce meses siempre; entonces, no tiene sentido que te digan «estos dos meses

no vas a tener gastos generales o no vas a tener utilidad». Tu negocio es ganar dinero, ojalá que puedas ganar. Entonces, tienen que reconocerte esos incrementos.

Muy bien, «El contratista puede solicitar también ampliación de plazo, pactada por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento. De aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse los gastos —de lo que estamos hablando— y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados. El procedimiento para determinar los gastos generales es establecido en el reglamento».

Éstos son los efectos de la ampliación; éstas son las modificaciones del contrato y ésta es la prohibición de arbitrar los adicionales de obra. La propia ley actualmente vigente, establece en el artículo 45.1, que la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República, no puede ir a conciliación, ni a arbitraje, ni a la junta de resolución de disputas. Originalmente, como les dije al empezar, todo se podía arbitrar, incluso, los adicionales. Luego, se dijo que la decisión de la Contraloría General de la República de aprobar o no los adicionales, no podía arbitrase. Después se dijo que la decisión de la entidad tampoco porque, en ese primer caso, tú decías: «bueno, la decisión de la Contraloría en cuanto a obras está por encima del 15%»; lo demás sí se podía arbitrar. Después dijeron: «no, la decisión de la entidad tampoco se puede arbitrar». Luego, por la fuerza de la necesidad, las partes pudieron darse cuenta de que podían reclamar a través de enriquecimiento sin causa o enriquecimiento indebido, lo que en el fondo podía ser un adicional. Pues, eso también se ha bloqueado; se ha bloqueado todo aquello que puede parecer un adicional.

¿Eso es bueno o es malo? Según mi modesta opinión, yo pienso que esto es malo; que lo que hay que hacer es permitir que haya arbitrajes. Yo fui el autor de la primera ley de contrataciones del Estado e incorpo-

ré el arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversias porque comprobé que era imposible resolver contratos en la vía judicial, resolver discrepancias de materia de contratación pública, las obras paraban detenidas, suspendidas; no podían arreglarse. Las obras financiadas por créditos internacionales donde había cláusulas de controversias en la vía arbitral, se resolvían muy rápido; se resolvían muy rápidamente esos problemas. Entonces, eso teníamos que reproducir. Lo hicimos un tiempo y tuvimos éxito.

Es hora de volver a esos orígenes; es hora de enviarle al mercado, a la comunidad internacional; una señal de que aquí resolvemos rápidamente nuestros problemas. El país, gracias al arbitraje, se ha convertido en sede internacional de eventos como éste; en un faro luminoso en materia arbitral. Hay que seguir ese ejemplo y, parafraseando a un viejo partido —ahora en decadencia—, habría que decir: «Y a más calumnias, más arbitraje».

Muchas gracias.

### PREGUNTAS DEL PÚBLICO

**Primera pregunta:** Se dice que la normativa de contrataciones, al establecer requisitos para centros de arbitraje, coadyuva a generar un oligopolio en ese mercado. ¿Qué opina al respecto?

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Que hay total libertad porque uno puede ir a cualquiera de los centros de arbitraje que se monten; por tanto, no creo que estemos frente a esa figura. Pero, en todo caso, creo que el tema va más allá de si es oligopolio o no es oligopolio; creo que el tema va dirigido a procurar fórmulas que permitan que en nuestro país podamos desarrollar contrataciones con el Estado, que sean totalmente transparentes y predictibles, y eso lo ofrecen los centros de arbitraje; así de sencillo.

Pero, no quería dejar de opinar sobre algo que me parece importante, a pesar de los pocos que estamos, pero tal vez les pueda interesar esto. Las normas últimas que se han dictado; las modificaciones a la ley de contrataciones del Estado; las normas sobre reconstrucción del país que ha sufrido tanto; las normas sobre conciliación; las normas sobre juntas de resolución de disputas, y las normas sobre arbitraje, creo que tienen un hilo conductor y yo, honestamente, Ricardo, no creo que sea un tema de calumnia, solamente es un tema de que el Estado, y lo expresado por el presidente sobre la reconstrucción, debe entenderse como que los contratos futuros no tendrán corrupción.

Ése es un tema que se va a tratar este viernes. Les recomiendo venir porque vale la pena tocarlo. Pero, me parece que aquí estamos frente a un tema muy delicado en nuestro país, donde más que ponernos al frente, debemos ponernos a solucionar los problemas. Nuestra moral se encuentra alicaída cuando ve todo lo que está pasando, producto de las delaciones; y, evidentemente, ¿qué se hace? Buscar fórmulas, y si las fórmulas, de repente, no son las mejores; busquemos otras. Una de las fórmulas que el legislador consideró para dar transparencia y credibilidad o predictibilidad, era llevar los arbitrajes de contrataciones del Estado, en arbitrajes institucionales.

Me parece, personalmente, que ha sido una suerte de pretexto de la Comisión del Congreso, cuando ha dado una marcha atrás en esta opción que, evidentemente, no significa que los *ad-hoc* sean sistemas corruptos; de ninguna manera. Quien afirme eso, está totalmente equivocado. Lo que significa es que el Estado puede supervisar mejor en esta función pública que tiene, que los sistemas arbitrales sean más transparentes y más predictibles, así de sencillo. Y eso no impide que haya todos los *ad-hoc* que quieran; pero, en el campo del arbitraje privado.

Es más, un estudio de la *PriceWaterhouse* establece que, en el mundo del arbitraje, básicamente privado, porque creo que ustedes saben que uno de los pocos países en el mundo que tiene un arbitraje obligatorio,

en contrataciones con el Estado, es el Perú, lo cual es correcto; pero, supone todo un riesgo que hay que saber administrar adecuadamente. Ese estudio de *PriceWaterhouse* dice que, en el mundo, el 80% y más, son arbitrajes institucionales; los demás son *ad-hoc*.

¿Por qué acá en el Perú es a la inversa? Es una pregunta que yo la dejo a respuesta de ustedes, pero no quería dejar de mencionar que aquí, en lo que tenemos que pensar, es en este hilo conductor que nos permite, de una vez por todas, dejar de tener vergüenza por lo que estamos viviendo hoy día y que, para mí personalmente, no sé si para ustedes, afecta nuestra moral. Tenemos que generar nuevamente confianza en el Estado, nuevamente confianza en las instituciones; y, por supuesto, nuevamente confianza en un arbitraje transparente, en un arbitraje predecible.

Gracias.

**Segunda pregunta:** ¿Qué opinión le merece que a través de un acuerdo conciliatorio se modifiquen los requerimientos técnicos mínimos durante la ejecución de un contrato?

**Pierina Guerinoni Romero:** Yo creo que eso no debería suceder. Los requerimientos técnicos mínimos forman parte de la convocatoria; forman parte de las bases; es con esas reglas de juego, que la entidad salió al mercado con su convocatoria. Entonces, no podrían modificarse los requerimientos técnicos mínimos a través de un acuerdo conciliatorio, ya cuando está en ejecución contractual.

**Tercera pregunta:** ¿Podría citar casos en que hayan sido reconocidos los costos que causaron el desequilibrio económico del contrato, o cuando es usado, incluso, para resolver el contrato por parte del contratista en sede arbitral?

**Ricardo Rodríguez Ardiles:** Miren, como hemos señalado en la ponencia, el reconocimiento del desequilibrio económico financiero tiene que ser solicitado a la entidad y acreditado ante la entidad, en primer lugar. No basta señalarse, porque no es una cuestión de aplicación automática de una norma, sino más bien de una prueba. En consecuencia, si uno como proveedor del Estado —cuando digo la palabra proveedor, me refiero a proveedor o contratista del Estado—, lo que siente es que su contrato viene teniendo un perjuicio porque se le está generando el desequilibrio económico financiero del mismo. Además, tiene que probar ante su contratante la existencia de ese desequilibrio; y, si la parte contratante no lo reconoce, recién podría activar los mecanismos de solución de controversias, y con el éxito relativo, le corresponderá al tribunal arbitral, decidir lo que corresponde.

Pero, sí se han reconocido. Hay algunos ejemplos, casos de reducciones en materia de obras públicas que se han reconocido, algunas veces de modo explícito y algunas veces de modo más o menos implícito; y, en algunos casos, contratos que se suscribieron donde explícitamente se señalaba que se iba a reconocer lo que se denominó durante un gran tiempo «maquinaria en frío»; es decir, aquella maquinaria que, estando en obra, no se utiliza durante el período de ejecución, sino más bien que, por circunstancias extrañas, independientemente de la ampliación de plazo, independientemente del reconocimiento de los gastos generales que corresponden por la normativa específica, se le solicita a la entidad que reconozca que hay una maquinaria sobre la cual se está pagando operadores; sobre la cual se está pagando un alquiler, que no está considerado, necesariamente, en los gastos generales que se reconocen.

Como vuelvo a señalar, la prueba es indispensable para que esto funcione. Si no hay prueba, no basta la teoría, hay que ir a un documento fehaciente, a una manifestación estricta verificable de naturaleza contable que permita señalar y demostrar que, efectivamente, se han causado perjuicios o que se nos ha causado perjuicios, si somos los proveedores.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Yo no tengo una pregunta, pero no quiero dejar de mencionar lo siguiente y quiero tomarme esta libertad, quiero felicitar a Marlene Anchante, a Silvia Rodríguez y a todo su equipo, por este Undécimo Congreso, que estoy absolutamente seguro de que va a ser un éxito.

No dejemos de venir todos los días, participemos activamente, estoy seguro de que el éxito será para cada uno de nosotros que va a sentir dentro, que algo más aprendió; que algo más compartió. Las felicito nuevamente.



### MESA 3: ANULACIÓN DE LAUDOS Y PODER JUDICIAL

*Alfredo Soria Aguilar*

*Ricardo León Pastor*

*Rigoberto Zúñiga Maraví*

*Gonzalo García-Calderón Moreyra*

#### LAS MEDIDAS CAUTELARES FUERA DE PROCESO Y LA CONSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES

*Alfredo Soria Aguilar\**

Buenas noches, agradezco la invitación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos.

Vamos a empezar con el tema de las medidas cautelares, pero que no son desarrolladas en el marco del inicio del arbitraje o después de conformado el tribunal. Entonces, ése es el tema que vamos a desarrollar; es decir, si es que, eventualmente, puede plantearse una medida cautelar sin haberse conformado el tribunal.

Entonces, los árbitros, como lo expresa claramente la ley de arbitraje, en el artículo 47, tienen facultades para poder otorgar las medidas

---

\* Abogado con estudios de maestría en derecho de la empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asimismo, cuenta con estudios de postgrado en la Universidad de Buenos Aires. Es abogado de Telefónica del Perú, docente universitario, árbitro y autor de numerosos artículos académicos y libros, así como ponente y conferencista a nivel nacional e internacional.

cautelares. Esto es clarísimo en la ley. Antiguamente no era tan claro; antiguamente había una discusión acerca de si los árbitros podían o no otorgar medidas cautelares, pero poco a poco esas dudas fueron superándose, y ahora hay una convicción de que es totalmente legítimo que, si las partes han sometido una controversia a arbitraje, los árbitros tengan también esta facultad de otorgar medidas cautelares, en cuanto éstas sean necesarias, porque no tendría ningún sentido desarrollar un procedimiento arbitral, si es que, eventualmente, no se logran los fines del proceso. Finalmente, por ejemplo, que necesitando una medida cautelar, no se pueda solucionar el tema o que el árbitro no pueda dar una solución a ese tema anticipadamente para asegurar, precisamente, la eficacia del laudo.

Entonces, la ley no plantea problemas respecto de si se puede o no otorgar una medida cautelar por el propio árbitro, y tampoco plantea problemas para decir si es que se puede plantear una medida cautelar fuera del proceso, y ya no a cargo de los árbitros; la ley admite también esa posibilidad.

Lo que ocurre, un poco para entender también esta lógica, porque cuando no se ha analizado el tema, podría ser a veces un poco inexplicable cómo es esto de que, habiéndose sometido a arbitraje, un juez, no el árbitro, no el tribunal, sino un juez, pueda otorgar una medida cautelar. Pareciera como que no corresponde.

Lo que ocurre es que la constitución del tribunal arbitral, conforme al numeral segundo del artículo 27 de la ley de arbitraje; por ejemplo, lo que nos dice es que se va a entender constituido el tribunal, una vez que ha habido la aceptación, si se trata de un árbitro único; o una vez que el último árbitro para conformar el tribunal de tres árbitros, ha manifestado su aceptación.

En ese momento, una vez que el árbitro único ha señalado su aceptación o el último integrante del tribunal arbitral ha señalado su mani-

festación; a partir de ese momento, recién tenemos constituido el tribunal arbitral; y, por lo tanto, eventualmente, podría ver este tribunal, a pesar de no estar instalado —algunos sostienen que sí, otros que no—, podría comenzar a ver el tema de las medidas cautelares.

Lo que ocurre es que esta aceptación no es tan rápida en algunos casos. En algunas ocasiones, esta situación del árbitro único o del último árbitro no se da en un tiempo muy rápido. Por ejemplo, simplemente, para citar un ejemplo, en el caso de la ley de arbitraje, ésta señala que hay un plazo en el cual el árbitro que ha sido designado, puede manifestar su voluntad aceptando el encargo o no, y ese plazo es de quince días y, de acuerdo al artículo 12, serían quince días hábiles. Entonces, es un plazo más o menos largo y puede ser que las partes requieran una decisión respecto al pedido cautelar antes, inclusive, de que se pueda cerrar la conformación del tribunal.

Entonces, es más, ni siquiera, si leemos bien lo que dice el artículo 27, a pesar de que el artículo 27, numeral segundo de la ley de arbitraje, nos dice que basta, simplemente, que exista la aceptación del árbitro para que se entienda conformado el tribunal, tratándose de un árbitro único, o la aceptación del último árbitro para conformar el tribunal; en realidad, hay que entender con pinzas este tema. ¿Por qué? Porque no basta, simplemente, que emita su declaración, sino que es necesario que haya sido comunicada a la parte que lo designó, y lo mejor sería que, inclusive, a ambas partes. La ley no precisa ese tema, pero lo mejor sería que se comunique a ambas partes la aceptación y se entendería conocida esta aceptación recién al momento en el que le es notificada a la parte que designó y a la contraparte. ¿Por qué? Porque aplicaría la teoría de la cognición.

Entonces, esto puede demorar y como, eventualmente, puede demorar esto de la conformación del tribunal arbitral, es que la norma ha previsto que, antes de la conformación del tribunal arbitral, se pueda solicitar las medidas cautelares a una autoridad judicial. Esto se señala

en el artículo 47 de la ley de arbitraje. Es más, la norma es clara al señalar que el hecho de recurrir a una autoridad judicial para que otorgue una medida cautelar, no es incompatible con el arbitraje y lo señala expresamente en el numeral 4 del artículo 47, precisamente, para darnos un marco adecuado y que no se vaya a entender que por el hecho de que una de las partes solicite una medida cautelar en sede judicial, sea una renuncia a la jurisdicción arbitral que ha sido pactada previamente por las partes, para que no haya esa duda. La ley, inclusive, señala expresamente que el hecho de plantear una medida cautelar ante una autoridad judicial antes de que se haya confirmado el tribunal arbitral, no significa para nada una incompatibilidad, una inconsistencia o una renuncia, eventualmente, al arbitraje; a la jurisdicción arbitral.

Debe entenderse que esta intervención de las autoridades judiciales tiene un carácter subsidiario, y en eso comparto lo que dice la doctora Ana María Arrarte, quien nos dice que tiene un carácter sumamente subsidiario; no es que se pueda recurrir a solicitar una medida cautelar en sede judicial en cualquier caso, sino en aquellos casos en los cuales no se ha conformado el tribunal arbitral o, eventualmente, el tribunal arbitral ha suspendido de repente sus actuaciones como, por ejemplo, en los supuestos en los cuales hay una falta de pago.

En aquellos casos en los cuales el tribunal arbitral no puede otorgar la medida cautelar, en ese escenario, casualmente, está habilitada la posibilidad de recurrir a una autoridad judicial para solicitar una medida cautelar y, como toda medida cautelar, requiere los requisitos que se manejan siempre, que son la apariencia del derecho, llamada por el doctor Monroy y por el doctor Priori como «fundabilidad de la pretensión»; es uno de los requisitos que debe estar siempre presente, que se trata no de un juicio de certeza, sino de probabilidad, que en el caso de una medida cautelar antes del inicio del arbitraje, se debería cumplir.

Además, tiene que haber un peligro en la demora, que implica el daño que la demora puede estar ocasionando. Entonces, en el caso par-

ricular de solicitar una medida cautelar ante una autoridad judicial, creo que debería haber, inclusive, una necesidad impostergable de que sea decidida por la autoridad judicial; una urgencia especial para poder ir en ese camino; y, por otro lado, debe haber un daño inminente; o sea, en el caso del peligro en la demora, tendríamos que ver el daño por la demora del proceso y también el tema de la inminencia en el caso concreto de que no se otorgue la medida cautelar en esa oportunidad.

Finalmente, el último requisito es el de adecuación, llamado también «funcionalidad», y que exige una congruencia y proporcionalidad para otorgar la medida cautelar.

Esto, lo que busca es garantizar la eficacia del laudo y debe cumplirse también en este caso. Entonces, vemos que los requisitos son exactamente los mismos; o sea, para pedir una medida cautelar a una autoridad judicial previamente a la conformación del tribunal arbitral, que son los mismos requisitos, solamente que hay —me parece, desde mi punto de vista— una exigencia muy particular, que existe verdaderamente un carácter impostergable de solicitar la medida cautelar en sede judicial antes de la conformación del tribunal. Yo creo que ésa es la única característica particular, además de las que siempre se manejan para poder solicitar la medida cautelar, ése sería un punto distintivo, eventualmente, que tendría que ser evaluado por el juez que otorga una medida cautelar.

El artículo 8 de la ley de arbitraje señala ante quién deben presentarse estas medidas cautelares. Estas medidas cautelares se presentan ante el Juez Especializado en lo Comercial; y, en su defecto, ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje.

Una vez otorgada la medida cautelar en sede judicial o por una autoridad judicial, hay dos supuestos de caducidad señalados por la norma. Se debe iniciar el arbitraje dentro de los diez días de ejecutada la medida cautelar; si no, caduca. Entonces, es un tema a tener en cuenta.

Si es que se le otorga a una de las partes en una controversia una medida cautelar, está obligada a iniciar el arbitraje dentro de los diez días de ejecutada la medida cautelar porque, de lo contrario, habrá una caducidad de la medida cautelar. Y, el otro escenario de caducidad sería que, habiéndose iniciado el arbitraje; es decir, ¿cómo se inicia el arbitraje? Con la solicitud. Habiéndose iniciado el arbitraje, no se constituya el tribunal arbitral dentro de los noventa días. Ése es el otro escenario en el cual caduca la medida cautelar; cuando habiéndose iniciado el arbitraje, no se constituya el tribunal arbitral dentro de los noventa días.

Y eso no es muy difícil que ocurra. En algunos casos es difícil poder conformar el tribunal arbitral, por ejemplo, tratándose de un árbitro único, suponiendo el caso de la contratación con el Estado; por ejemplo, podría demorar. En otros escenarios, podría ser también el árbitro de la contratación comercial, que pueda demorarse unos días y podría, eventualmente, caducar, a pesar de que se ha empezado el arbitraje con la solicitud, puede ser que se alcancen los noventa días y en los casos mencionados, la medida cautelar caduque.

¿Qué hacer si es que caduca, eventualmente, la medida cautelar que se nos ha sido otorgada? Si caduca la medida cautelar, entonces, podemos pedir una nueva.

Yo creo que ésa es la solución o, en todo caso, lo que debería hacerse en este tipo de casos, si es que ha caducado la medida cautelar, podemos solicitar otra. En caso no se pueda conformar todavía el tribunal, tendría que otorgarse otra medida cautelar. Algunos proponen que se puede extender; solicitar una extensión del plazo, una postergación, etcétera; pero, si la ley dice que caduca, eso significa que tiene un carácter extintivo, entonces, tendría por eso, desde mi punto de vista, que otorgarse una nueva medida cautelar porque la anterior se extinguiría automáticamente, por señalarlo así la ley.

Una vez que el tribunal arbitral asume sus funciones, la ley señala también, en el numeral sexto del artículo 47, que se puede modificar, suspender y, es más, dejar sin efecto, una medida cautelar que ha sido ordenada por una autoridad judicial.

Ése es un tema importante; el árbitro tiene la posibilidad de volver a evaluar la medida cautelar que ha sido otorgada por la autoridad judicial y puede, no solamente cambiar o modificar los alcances de esa medida cautelar, sino, además, puede dejarla sin efecto, si es que cree que es lo pertinente en el caso concreto.

Bien, estoy exactamente con el tiempo acordado, así que les agradezco muchísimo por su atención.

#### NUEVO TRATAMIENTO DEL RECURSO DE ANULACIÓN EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO

*Ricardo León Pastor\**

Muy bien, buenas noches. Un placer siempre estar aquí en la universidad; ya soy reincidente, gracias a Marlene por la reincidencia.

Me ha tocado un tema donde tengo, honestamente, más dudas que otra cosa; así que compartiré mis dudas con ustedes. La pregunta de esta noche es ¿anular o no anular? Estamos, así como Hamlet, y esta pregunta debe tener una premisa, y la premisa es que yo soy de los que cree que es mejor que los árbitros sean observados, a que no sean observados.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en teoría legal y doctor en derecho por la misma casa de estudios. Fundador de León Pastor Consultores; árbitro y docente universitario. Creó el primer curso de razonamiento y argumentación jurídica en el Perú, escritor de los *Manuales de Redacción de Resoluciones Judiciales* y *Redacción de Documentos Fiscales*.

No soy de los que piensan, como otros queridos colegas, que los árbitros somos algo así como gente superpoderosa, que no deberíamos estar sujetos a ningún tipo de control porque somos sabios y somos buenos; y, además, al final del día, la responsabilidad en nuestra designación recae en las partes, así que, si nuestra decisión fue mala, fue decisión de las partes. No tengo ese punto de vista, me parece que siempre es bueno darle algo más de transparencia, sobre todo si tenemos en concurso derechos tan importantes como el de la tutela judicial efectiva.

Y aquí cito, sólo para citar a un gigante, a Jan Paulsson, en un artículo que publicó en la *Revista Peruana de Arbitraje*, número 8 del año 2009. Él dice en sus conclusiones: «La diligencia de los árbitros aumenta con el solo hecho de que ellos estén mentalizados en que su trabajo está siendo revisado por otros»; esos otros son los jueces de la República, por supuesto. Ésa es la premisa.

Ahora, hay que contestar la pregunta, ¿anular o anularse?, ¿ponerle más requisitos o ponerle menos requisitos a la presentación del recurso de anulación? Esa pregunta tiene un «depende» como respuesta, y el «depende», mucho tiene que ver, desde el punto de vista económico, con la estrategia de cada una de las partes; tiene que ver con qué bolsillo va a ser afectado y cuán gravemente va a ser afectado ese bolsillo, siendo la parte contractual un privado o siendo la parte contractual estatal; y la intervención tiene que ver, efectivamente, con cómo se ha modificado recientemente el artículo 45.8 de la ley de contrataciones del Estado, vinculado a los requisitos adicionales para la presentación del recurso de anulación.

Como sabemos, en principio, ese recurso existe; en general, está regulado por la ley de arbitraje; hay unas causales claramente establecidas en el artículo 63, que tienen que ver, fundamentalmente, con cumplimiento de misión; esto es, que si una parte entiende, producido el laudo, que el tribunal se ha excedido en la misión encargada, entonces, podría recurrir en una anulación, y esta misión tiene que ver, o con el

convenio arbitral y el tipo de encargos específicos que se le han formulado a los miembros del tribunal para pronunciarse en una decisión final e inapelable —como es el laudo—, por un lado; y, por otro, con cuestiones vinculadas. Por ejemplo, en el arbitraje internacional, a un laudo que va contra el orden público o, en el arbitraje nacional, a un laudo que es rendido fuera de plazo.

Tiene que ver con este tipo de cosas, pero mucho con la legitimidad en la constitución del tribunal, con que el tribunal haya hecho bien su trabajo cumpliendo con la misión encargada, con que el tribunal haya cumplido permitiendo el debido proceso a lo largo de las diferentes audiencias que conformaron el procedimiento; y, finalmente, con una decisión que, se entiende muy intensamente en los últimos años en el Perú, que debe ser una decisión motivada.

Aquí hay toda una discusión respecto a si la falta de motivación es o no causal de anulación y, bueno, léanse mi tesis de doctorado, pero primero léanse el trabajo de Julio Martín Wong Abad, aquí presente, de la Corte de Lima y, después, un trabajo que voy a publicar en julio sobre anulación de laudo por defecto de motivación.

Ése no es el motivo de mi intervención. Ése es el ámbito de control de ese laudo; no es un control material, no es un control sobre el fondo, no es un control de las razones, ni desde el punto de vista normativo, ni desde el punto de vista fáctico, ni probatorio, respecto al trabajo de los árbitros, porque todo eso es competencia del propio tribunal arbitral. Y si las partes fueran razonables, desde el punto de vista político; y eficientes, desde el punto de vista económico, entonces, probablemente, no tendríamos por qué preguntarnos si deberíamos poner más requisitos al recurso de anulación.

Si las partes son eficientes, entonces, cada una va a buscar cautelar debidamente sus recursos, cuidar bien el órgano más sensible del cuerpo, que es el bolsillo; y, en consecuencia, va a meterse a un proceso de

anulación, siempre y cuando tenga altas probabilidades de ganar porque si no, para qué va a alargar esta muerte anunciada, esta letanía y después vamos a incurrir en costos legales, vamos a incurrir en gastos de procedimiento, vamos a incurrir en generación de atraso de la deuda o del cobro de intereses. Eso no suena muy eficiente.

Y, desde el punto de vista político, si las partes estatales fueran, digamos, más íntegras políticamente y, por integridad política quiero decir no integridad moral, sino a que sigan íntegramente unas políticas internas, si hubiera mayor integridad desde el punto de vista de seguir política interna de cada entidad, muy probablemente tampoco andarían disparando anulaciones de laudo por «quítame estas pajas», porque eso, al final, económicamente causa un daño a la entidad estatal, porque va a pagar mayores recursos al tener que pagar, por ejemplo, intereses.

Pero, las cosas no son así en nuestro país. Entonces, procuradores por un lado, partes procesales privadas por el otro, vienen incrementando el nivel de interposición de recursos de anulación. Así que, en ese marco es que el legislador se plantea poner más controles, más filtros y lo que ha dicho nuestro legislador es «bueno, ante el ascenso de recursos de anulación que desangran a las partes que ya han tenido una decisión final y, supuestamente, inapelable como un laudo, vamos a ponerle mayores requisitos; vamos a pedirle a los contratistas que pongan una carta fianza, no para lograr la suspensión en la ejecución del laudo, sino para la mera interposición del recurso de anulación; y la fija, en una tasa del 25% sobre la condena estatuida en el laudo.

Además, desde el punto de vista de las entidades estatales, no ha pedido carta fianza, no sabemos por qué, introduciendo un problema de igualdad de armas, que ya ha sido denunciado, entre otros, por Gonzalo García-Calderón, aquí presente; sino que ha puesto unos requisitos políticos máximos; y esto es, que el procurador que antes libérrimamente decidía interponer el recurso de anulación, ahora debe obtener doble autorización; la autorización del titular del pliego, lo cual es bastante di-

fácil y es muy difícil; y esto ya se ha hecho en el Perú, como nos recordó Ricardo Gandolfo Cortés, que estuvo por acá ayer, en un artículo publicado en el 2011, respecto a la defensa jurídica del Estado. Él reflexiona en aquella época diciendo que ha habido varios bandazos legislativos respecto a si pedir autorizaciones o no para que los procuradores concilien, por ejemplo.

Entonces, lograr una autorización vía resolución ministerial para una conciliación, ya es bien complicado desde el punto de vista político interno. Si es bien complicado obtener una resolución autoritativa para conciliar, no va a ser menos complicado obtener una resolución del titular del pliego y, no solamente eso, sino qué legislador ahora que quiere aumentar los filtros para que no haya esta bataola de recursos de anulación promovidos por procuradores, dice: «además, necesitamos una segunda autorización», y ésta es la autorización del titular del sector.

Estamos hablando de ministros; estamos hablando del Consejo de Ministros; estamos hablando del Presidente de la Corte Suprema o del Presidente del Poder Legislativo. Eso es claramente inviable.

Como yo he hecho mi tarea, he venido hablando los últimos días con varios procuradores de diferentes niveles, preguntándoles qué les parece este doble requisito de autorización del titular del pliego y autorización de titular del sector. Ninguno me ha dicho que en su sano juicio podría lograr esas autorizaciones. Si esto es así, si un procurador ni siquiera ha podido obtener una resolución autoritativa para conciliar y, ahora, con requisitos políticos mucho más altos, entonces, la pregunta es: ¿qué cosa ha querido el legislador?, ¿simplemente prohibir la interposición de recurso de anulación? Pero, ¿no es que un recurso de anulación bien puesto protege la tutela judicial efectiva? Entonces, ¿dónde estamos? Es el propio Estado el que le dice a sus entidades estatales que no vayan a anulación, pidiéndoles un recurso que es imposible de cumplir con esta doble autorización política.

Entonces, al parecer, el legislador se ha excedido. Si bien, creo, aunque no hay data suficiente; no hay estadística; hay una cierta elevación de la cantidad de recursos de anulación que se producen en los últimos años. Digo que no hay estadística porque no la encontraba —publicada— al menos. Yo hice un trabajo que es parte de esta publicación que les hablaba de julio, en el que estudié la jurisprudencia de la Corte de Lima de las dos subsalas de especialidad comercial, entre los años 2011 y 2015.

Ahora estoy actualizando el año 2016, y encontré que, más o menos, se habían producido unos seiscientos recursos de anulación declarados procedentes, de los cuales éstos entraron de valoración de fondo y, en esa estadística; de esos seiscientos, sesentisiete recursos fueron amparados por la Corte de Lima en la Subespecialidad Comercial. Eso hace uno de cada diez. Entonces, no tenemos una corte. Lo dicho en anteriores oportunidades, y lo que he escrito que sea proclive a ser un francotirador y sea proclive a combatir la llamada jurisdicción arbitral entre nosotros; pues, creo que es todo lo contrario; me parece que es una corte muy inteligente por la gente que la conforma y que entiende que los laudos arbitrales y el proceso arbitral, tienen que ser respaldados por la corte, siempre y cuando no haya abusos. Pero, hay uno de cada diez casos en que la Corte de Lima —lo que es opinable y discutible—, encuentra abusos; y, en consecuencia, finalmente, se pronuncia por la anulación del laudo.

Entonces, desde el punto de vista de la política interna del Poder Judicial, creo que tenemos una política interna garantista y protectora de los laudos y de los procesos arbitrales, y que entra a tallar de acuerdo a los criterios establecidos por la propia corte, cuando un laudo es insostenible, o no está motivado, hay cero motivación, o porque hay cero valoración de material probatorio, o porque el laudo se expidió fuera de plazo, o porque la demanda arbitral se admitió vencido el plazo para interponer la demanda. En cosas de este tipo, la corte ha dicho, entre otras declaraciones, que el laudo es anulable.

Sin embargo, nuestro legislador creo que se ha excedido al momento de intentar atacar esta ola creciente de recursos de anulación, haciendo unas medidas legislativas que creo que son, por un lado, desde el punto de vista de la parte estatal, claramente excesivas y, desde el punto de vista de la parte privada, claramente discriminatorias. Y coincido con Gonzalo García-Calderón cuando escribe que por qué se le pide carta de garantía al privado y no se le pide carta de garantía al Estado. ¿El Estado es pobre?, ¿no tiene crédito bancario?

Conversaba con una procuradora de Sunat hace no mucho y me decía que cuando van a bancos y piden una carta de garantía, pues todos los bancos le quieren dar cartas de garantía. Claro, es Sunat; pero, diferente es el caso de un municipio distrital, el número 1808, que está en una zona muy lejana y es muy pobre, probablemente, no obtenga la garantía.

Esto nos introduce a un siguiente nivel de debate, si es que la Corte de Lima podría controlar, desde el punto de vista constitucional, este requisito de poner una carta fianza para poder hacer el reclamo y, sobre este particular, ha habido ya decisiones judiciales.

Debo decir como elemento informativo por si se le escapa a alguno, que el requisito para interponer carta fianza como previo a la interposición del recurso de anulación, ya existe en el Perú en algunos reglamentos de arbitraje. Por ejemplo, en el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima. Si tú arbitras bajo esas reglas, tú tienes que poner la carta fianza para poder hacer prosperar tu recurso de anulación y, si no, en principio, no te lo admiten; y, desde el punto de vista estatal, en el Sistema Nacional de Arbitraje, que administra OSCE, igualmente, es un requisito que está vigente, de acuerdo a la normativa estatal, para el Sistema Nacional de Arbitraje.

Entonces, si el requisito existe, ha habido una discusión judicial alrededor, y la discusión ha sido sobre si esta exigencia es una exigen-

cia, digamos, que atenta contra el derecho a la acción de las partes. Lo que dijo el Tribunal Constitucional, contestando una acción de amparo que plantearon contra el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en el año 2007, es que no; que no supone ninguna violación del derecho de acceso a la tutela. ¿Por qué? Porque son partes sofisticadas, son partes que tienen recursos económicos, son partes que han aceptado una cláusula arbitral que, por propia voluntad, han ido a arbitrar a un centro cuya regla era la interposición de carta fianza para acceder a la anulación judicial; y, en consecuencia, entendían que no había ninguna violación de acceso.

Otra ha sido la respuesta de la Corte de Lima. La Corte de Lima, en tres casos, no tengo tiempo, lamentablemente, para detallar los casos, pero ofrezco escribir este comentario en mi *blog*, si ustedes me buscan por Internet, me van a encontrar, espero hacerlo antes de una semana para que tengan la información de los números de expedientes y los puedan estudiar. En tres casos, en tres expedientes; uno del año 2014 y dos del 2015, la Segunda Sala Comercial de la Corte de Lima ha dicho que estos reglamentos —en dos casos— el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje y —en uno— el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima, al pedir este requisito de la tramitación de carta fianza para acceder al recurso, sí viola el derecho fundamental de acceso a la tutela estatal.

No entiendo muy bien cómo, incluso, esta segunda sala, en el último caso, que es el caso sobre el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, no aplica el criterio del Tribunal Constitucional del año 2007, que dice exactamente lo contrario, que no era una barrera y, honestamente, no me parece una barrera entre privados. Otra discusión es si están arbitrando parte estatal y parte privada, y si es razonable o no, porque hay un límite aquí de razonabilidad; ¿es razonable que se exija la presentación de la carta fianza? Mi respuesta *prima facie* es que, eventualmente, sí; y que si el legislador le va a poner un requisito de carta fianza para la mera interposición del recurso a la parte privada, también tendría

que ponérselo a la parte pública, porque aquí no hay potestades extraordinarias, ni atribuciones extraordinarias del Estado, son dos partes procesales que deben concurrir ante la jurisdicción en igualdad de condiciones, y lo contrario me parece, efectivamente, discriminatorio.

Termino, ¿anular o no anular? Depende de la estrategia procesal que quieran seguir las partes. Mi conclusión es que el legislador debería dejar a las partes litigar, pero si teme que, por ejemplo, la parte estatal se exceda en la interposición del recurso de anulación, debería regularla internamente, tal vez regulación interna de PCM, regulación interna de cada ministerio, para que haya una política integral respecto a qué hacer con casos en los que la parte estatal pierde un proceso arbitral, y cuán razonable es plantear un recurso de anulación. Creo que, de esta manera, efectivamente, podríamos tener unas decisiones un poco más eficientes desde el punto económico, y decisiones que no introduzcan a que una parte procesal sea, evidentemente, discriminada, en detrimento de la otra.

Muchas gracias.

#### TRATAMIENTO DE LA CADUCIDAD COMO CAUSAL DE ANULACIÓN

*Rigoberto Zúñiga Maraví\**

Buenas noches a todos los presentes. De verdad es un placer estar con todos ustedes el día de hoy con esta distinguida mesa de panelistas

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con maestría en derecho de la empresa por la misma casa de estudios. Docente de formación continua en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, investigador en materia de arbitraje, secretario arbitral en arbitrajes *ad-hoc* y Secretario General de Arbitraje en la Cámara de Comercio de Huancayo.

y compartir sobre un tema tan interesante, como es la anulación de los laudos arbitrales. Agradezco la invitación al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a la doctora Marlene Anchante, directora, y también a la doctora Silvia Rodríguez, Secretaria General.

Este tema que les voy a plantear hoy día, es un tema que personalmente me parece sumamente interesante porque, como vamos a ver; hay una importancia que todos conocemos sobre los plazos de caducidad y las consecuencias que tiene cumplirlos o no en los inicios de los arbitrajes de contrataciones con el Estado; en la presentación de la solicitud arbitral. Luego, vamos a pasar a conocer qué consecuencias tienen las decisiones que los árbitros adoptan sobre si se cumplió o no el plazo de caducidad cuando les plantean las excepciones correspondientes, y cómo éstas llegan y se tratan en el recurso de anulación; en el control judicial de los laudos.

Entonces, para ubicarnos brevemente, sabemos que el artículo 63 de la Constitución establece o permite la arbitrabilidad de los contratos estatales y señala, básicamente, que el Estado puede someter sus controversias a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. O sea, deriva a un ámbito legislativo la configuración de las características de este arbitraje estatal.

Ya aterrizando sobre el tema que nos ocupa, tenemos un artículo 45 de la Ley n.º 30225, que ha sido modificado por el Decreto Legislativo n.º 1341, en el cual se establece una serie de materias, en el numeral 2, que nos habla de una serie de materias que son, normalmente, las que se someten a arbitraje en contrataciones con el Estado, ahí las pueden ver y nos dice que sobre estas materias, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias, entiéndase arbitraje o conciliación, por ejemplo, dentro del plazo de treinta días, conforme lo ha señalado el reglamento, o sea, deriva ya a la vía reglamentaria mayores precisiones; y señala, además, la ley, que todos los plazos que se han señalado, son

plazos de caducidad. Ya sabemos que los plazos han crecido, ahora ya son de treinta días, conforme a esta ley.

Pero, donde quiero que nos focalicemos es, justamente, en la mención expresa de que estos plazos, como todos conocemos, son de caducidad. Entonces, la coyuntura sobre la cual vamos a tratar es bastante simple. Tenemos un arbitraje que se debe iniciar, según lo que hemos visto, dentro de los plazos de caducidad previstos. Si no se inicia el arbitraje dentro del plazo; si el contratista, porque el contratista normalmente es el 95% de las veces el demandante, entonces, suele pasar que el que más presionado está por el plazo —es el contratista la gran mayoría de las veces— y, normalmente, también la entidad tendrá las mayores posibilidades de cuestionar o no si se ha cumplido con esto; si se ha respetado el plazo de caducidad, y esto, normalmente, llega a manos de los árbitros en sede arbitral, a través de las excepciones. Se plantea una excepción de caducidad para que el tribunal arbitral evalúe si se ha cumplido con este plazo.

Haciendo un análisis jurisprudencial y doctrinario también, ¿qué hemos encontrado sobre este tema? Y ahí está la pregunta, ¿qué posturas encontramos sobre el tratamiento de la excepción de caducidad como causal de anulación? La primera postura es la que se resume ahí: no admitir su revisión judicial; y hay una segunda postura que señala que las decisiones que emite un tribunal arbitral sobre si se ha producido o no la caducidad de un arbitraje, sí admiten revisión judicial a través del recurso de anulación.

La primera postura, ¿en qué se basa? Considera que esto es un asunto que corresponde de forma exclusiva al tribunal arbitral; y, por consiguiente, es irrevisable, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1 de la ley de arbitraje, que habla de, justamente, del principio *competence-competence*, en la medida que el tribunal arbitral puede determinar su propia competencia y pronunciarse sobre cualquier otro asunto cuya estimación impide entrar en el fondo de la controversia. Y aquí, pues,

la ley señala que uno de esos asuntos que impide entrar al fondo de la controversia, una excepción, es justamente la excepción de caducidad.

Sobre el particular, encontramos en la doctrina a Roger Rubio que señala lo siguiente:

En cuanto a las decisiones sobre las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y otras de la misma naturaleza, al tratarse de una esfera de admisibilidad, no están sujetas a revisión judicial mediante el recurso de anulación.

Ésa es la postura de Roger Rubio que, evidentemente, lo que señala es que al ser estas cuestiones no de fondo de la controversia, no es que representen una ligazón sobre lo que se va a decidir, sino simplemente sobre si el arbitraje se debe admitir o no. No deberían, por tanto, trasladarse a un control jurisdiccional posterior a través del recurso de anulación, sino que son decisiones eminentemente procesales de los árbitros; y, en consecuencia, no se debería trasladar esto hacia el recurso de anulación.

Sin embargo, también encontramos otras posturas, como ya lo señalé. Ésta es la postura que señala que no se deben revisar las decisiones sobre caducidad, pero también les decía yo, que existe la postura que señala que las decisiones sobre caducidad sí admiten revisión a través del recurso de anulación. La gran pregunta es ¿cómo?, ¿cómo se revisan estas decisiones? Cuando ya analizamos esta segunda postura, encontramos diversas posiciones. Lo primero es que —como señala la vista— sí se admite, pero hay varias posibilidades —por así decirlo— que he encontrado jurisprudencialmente, por ejemplo.

Hay una primera postura que señala que las decisiones de caducidad que emite un tribunal arbitral se pueden dar porque, tanto el artículo 44.4 como el artículo 44.5 de la ley de arbitraje, crean una causal de anulación exclusiva y particular para permitir que se sometan a anulación estos temas.

Por otro lado, existe una posición que señala que se pueden revisar en sede judicial las decisiones sobre caducidad que emitan los árbitros, porque éstas podrían estar afectando el debido proceso, al cual tienen derecho las partes litigantes en un arbitraje, por lo cual, el fundamento para llevar esto a anulación, ya no sería lo dispuesto por los artículos 44.4 y 44.5, sino que aterrizaríamos necesariamente en la causal que tutela el debido proceso, en el marco de las causales taxativas de la ley de arbitraje; y entraríamos, entonces, a la causal 63.1, literal b).

Y, además, existe otra postura que me parece bastante novedosa también y, justamente, pienso desarrollar sobre esto un poco más. Esta otra postura, admite que la revisión judicial de las decisiones sobre caducidad que emitan los tribunales arbitrales, configura una suerte de control de materia no arbitrable; y, por ende, encajaría ya en la causal 63.1, literal e) de la ley de arbitraje.

Entonces, brevemente vamos a repasar estas posturas. Evidentemente, cuando un tribunal arbitral se pronuncia sobre una excepción de caducidad, tiene dos rumbos: puede estimar la excepción; es decir, declararla fundada; o desestimarla, con lo cual declarará la excepción infundada y ahí nos hacemos la pregunta sobre si también desestimarla es declararla improcedente, porque sobre esto no hay acuerdo en la doctrina. Para algunos, la desestimación solamente es un pronunciamiento de fondo; la improcedencia es un tema de forma. Pero, en buena cuenta, un tribunal puede amparar la excepción o puede no ampararla.

Entonces, quienes señalan que la caducidad como causal de anulación es una causal de anulación especial, específicamente prevista en la normativa de la ley de arbitraje, como les decía, se basan en lo que señala el artículo 41 de la ley de arbitraje, primero en el numeral 4, que nos dice:

Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el auto por el que se resuelve

definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

Quiere decir que, si nos declaran, por ejemplo, infundada una excepción, después de ello, después de que termina además el arbitraje, porque, obviamente, si nos declararon fundada la excepción, se supone que el arbitraje se desarrolló, yo podré como parte afectada, cuestionar esta decisión a través del recurso de anulación. Y también, en la misma línea, si declaran que esta decisión, como dice aquí este artículo, si el tribunal ampara la excepción; es decir, si la declara fundada; y, en consecuencia, se queda ahí el arbitraje, no hay más, entonces, la parte que se siente afectada podrá ya inmediatamente recurrirla en anulación.

La visión del artículo 41.4 y 41.5 como causal especial de anulación, ha sido recogida, por ejemplo, jurisprudencialmente, en el expediente que se señala en la vista, el expediente n.º 074-2011 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Piura, donde la sala considera, por ejemplo, que los árbitros han errado al considerar que no se ha producido la caducidad; y, por consiguiente, se realiza un análisis de fondo respecto a este extremo. Esto, incluso, ha sido ratificado mediante casación, en ese mismo caso, también en Piura, en la Casación n.º 3079-2011.

Brevemente, ¿qué nos dice, por ejemplo, esta casación? Dice:

[...] lo solicitado por el demandante en el presente proceso —es decir, la revisión de la decisión sobre si se pronunció bien o mal el tribunal al momento de decidir sobre la excepción de caducidad— no encaja en ninguna de las causales que se señalan en el mencionado artículo 62.

Y, además, nos dice:

El artículo 41, inciso 4 del Decreto Legislativo n.º 1071, que señala que es susceptible de recurso de anulación la decisión del tribunal arbitral que desestima una excepción resuelta en el laudo.

¿Qué significa esto? Que para esta sentencia no es necesario reconducir a alguna de las causales del artículo 63, el cuestionamiento de una decisión sobre caducidad que emite el tribunal arbitral, sino que, simplemente, bastará alegar como causales específicas lo que señala el artículo 41.4 o 41.5 de la ley de arbitraje. Entonces, solamente bastará basarnos en esos artículos y no tendremos por qué hacer uso de lo que se señale en el artículo 63.

Por otra parte, tenemos también la opinión del doctor Juan Luis Avendaño, por ejemplo, que señala que:

[...] el recurso de anulación no sólo procede por las causales establecidas en el artículo 63, como dice erróneamente el artículo 62, sino también por las causales previstas en los artículos 29.7, 41.4 y 41.5.

A nuestro modo de ver, no es una postura que compartamos porque creemos que el artículo 41 no crea nuevas causales de anulación, sino que más bien nos reconduce a un uso específico de alguna de las causales del artículo 63, y ¿por qué señalamos esto? Porque el artículo 62 es totalmente claro. Las únicas causales de anulación posibles son las que taxativamente se establecen en el artículo 63; y, a su vez, el artículo 63 reafirma esto y no solamente la ley peruana, sino que la Ley Modelo de Arbitraje también lo dice: «las causales de anulación son taxativas y son las previstas en este artículo».

Entonces, ¿cómo entender lo señalado en el artículo 41.4 y 41.5?, ¿basta argumentar esas causales o lo que señalen esos artículos para poder recurrir en nulidad sobre una caducidad? Me parece que eso te habilita, pero igual, de todas formas, tienes que reconducir ello por alguna de las causales previstas en el artículo 63 y, para concluir, hay básicamente dos, el reconocimiento de la caducidad como parte del derecho al debido proceso; lo que les decía, 63.1.b) de la ley de arbitraje, o señalar que el tribunal arbitral ha emitido un laudo sobre materia no arbitrable.

Sobre considerar un pronunciamiento del tribunal arbitral como una infracción al debido proceso se tiene que —como ya lo he mencionado— la causal del 63.1.b), que señala que será anulable un laudo en el cual una de las partes no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; dentro de esos derechos, obviamente, está el derecho al debido proceso.

¿Qué nos dijo, por ejemplo, la sentencia expedida en el expediente n.º 225-2013 de la Segunda Sala Comercial de Lima? Nos dice:

[...] en consecuencia, al no haberse aplicado las normas que corresponden a los plazos de caducidad en el proceso arbitral, se ha ocasionado un atentado al principio del debido proceso.

Entonces, para esta sentencia, si tenemos una decisión de caducidad, deberíamos reconducir su cuestionamiento en anulación a través del artículo 63.1.b), porque toda decisión que es errónea sobre si se produjo o no la caducidad, está afectando el debido proceso, que es garantía para las partes litigantes en un arbitraje.

Al respecto, ¿la Constitución que nos dice?:

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley [...].

Evidentemente, si queremos compartir esta postura, podríamos razonar en el siguiente sentido: si la caducidad ha hecho que ya la jurisdicción arbitral no pueda conocer esta controversia, evidentemente, será una contravención al debido proceso que, a pesar de que ya no podía conocerla, por aplicación de la caducidad, la haya conocido.

Y, finalmente, tenemos la otra postura, que señala que las decisiones del tribunal arbitral sobre caducidad deben ser sometidas a anulación, al considerarlas como supuestos de materia no arbitrable. En este pun-

to, tenemos la Casación n.º 1907-2013 de Junín, donde se señala lo siguiente:

[...] al tratarse la caducidad de una institución de orden público, cualquier órgano de administración de justicia (como el árbitro) está en el deber de declarar de oficio la caducidad.

Entonces, si entendemos la casación donde se señala que el árbitro debe declarar de oficio la caducidad de un arbitraje; si revisamos lo que establece el artículo 63 de la ley de arbitraje sobre la causal e):

Que el tribunal ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje.

Y, asimismo, nos indica que:

[...] la causal prevista en este inciso e) podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

Entonces, bajo la perspectiva de ese pronunciamiento, se asemeja mucho la materia no arbitrable a un supuesto en el cual ha operado la caducidad. Yo entiendo, básicamente, que lo que se plantea en esta jurisprudencia es que la caducidad, podría decirse, que opera como un supuesto de arbitrabilidad temporal. Es decir, se tiene un período de tiempo determinado para someter una controversia a arbitraje; vencido ese plazo de treinta días, como hemos visto en la norma, ya la controversia pierde su calidad de arbitrable; y, por ende, se convierte en materia no arbitrable, porque si revisamos lo que dice la norma, ésta establece, básicamente, que la causal e) opera cuando las controversias son manifiestamente no susceptibles de arbitraje; entonces, obviamente, una controversia que ha excedido el plazo de treinta días para someterse a arbitraje en el marco de la contratación pública, habría perdido ese carácter.

Finalmente, para concluir, cito lo que dice el profesor Mario Reggiardo sobre esto:

La libertad de las partes no es absoluta, sino que se debe sujetar a lo dispuesto por las normas imperativas. Es por ello que la discusión en esta causal —o sea, sobre materia no arbitrable— se refiere a si el convenio arbitral respetó la ley y se arbitró sobre aquello que está permitido.

Entonces, si una controversia se somete a arbitraje fuera del plazo, prácticamente, es como una fecha de vencimiento. Me paso del día 30; y, en consecuencia, lo que era arbitrable en un principio, ya no lo es. Entonces, bajo esta segunda postura, es que se asemeja la materia no arbitrable a los supuestos de aplicación de caducidad.

Para finalizar, simplemente, comentarles que he intentado trasladarles lo que se ha señalado en la jurisprudencia sobre este tema. Es evidente, como les digo, que se trata de un tema bastante polémico; pero, sin duda, novedoso y, seguramente, la jurisprudencia —como siempre ocurre— con el paso del tiempo, nos tendrá más novedades sobre el mismo.

Gracias.

#### DEBIDA MOTIVACIÓN DEL LAUDO Y RECURSO DE ANULACIÓN

*Gonzalo García-Calderón Moreyra\**

Buenas noches. Antes que nada, gracias por la invitación al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

---

\* Abogado y máster en derecho internacional económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro, docente universitario y experto en derecho comercial, arbitraje nacional e internacional, arbitrajes mineros. Asimismo, es autor de diversos artículos especializados en materia arbitral y exvocal de la Corte Superior de Justicia.

Esta mesa, que es sumamente interesante, trata y quiero partir por el tema doctrinario, respecto a qué significa este tema de anulación de laudo y, de alguna manera, Ricardo lo ha mencionado.

Cuando hablamos de la anulación de laudo —lo ha señalado reiterada y taxativamente el Tribunal Constitucional— los árbitros, la institución arbitral; no es una isla ajena a la administración de justicia. Es así que en el caso n.º 6167 —conocido como «el caso Cantuarias»—, el arbitraje forma parte del orden público constitucional. Le guste o no a los árbitros, no hay discusión sobre el tema; y, en consecuencia, tenemos que entender la naturaleza jurídica del recurso de anulación.

¡Por Dios!, los árbitros deben tener una tutela, y esa tutela se da porque la ley ha establecido que los jueces son los vigilantes de los árbitros. Los jueces supervisan la labor arbitral, no supervisan el fondo, no hay discusión en eso; pero, sí la forma, porque formamos parte del orden público constitucional; formamos parte del sistema de administración de justicia.

Entonces, no es posible que un árbitro, como siempre lo digo, los que han estado en mis clases me conocen; no es un señor feudal que puede hacer lo que le da la gana. Estamos, y es natural que así suceda —y lo ha mencionado Ricardo—, somos seres humanos y podemos cometer errores. El derecho —y la gran mayoría, si no todos, somos abogados— no puede permitir la arbitrariedad; no puede permitir el abuso. Si un árbitro se excede, ¿dónde me quejo?

Desde el primer año de derecho, ni siquiera, en Letras, existen los pesos y contrapesos al poder que alguien ejerce. ¿El árbitro ejerce un poder? Sí, los árbitros ejercen un poder porque en el contrato la voluntad de las partes así lo ha establecido, y porque el Estado le ha dado esa facultad a través de lo que se denomina la jurisdicción extraordinaria o jurisdicción excepcional. En consecuencia, tenemos un poder, y ese poder tiene necesariamente que ser vigilado por alguien, para eso está el recurso de anulación.

Entonces, yo sí discrepo radicalmente con la posición de que es posible impedir el acceso al recurso de anulación a través de una carta fianza; me parece una barbaridad, porque es el único elemento que yo tengo para cautelar. Todos ustedes saben perfectamente que el arbitraje está blindado; desde que se pacta el convenio arbitral hasta que se dicta el laudo arbitral, no existe posibilidad de recurso garantista alguno, no puedo ir a una acción de amparo.

—Oiga señor, se me impuso en un contrato por adhesión una cláusula arbitral.

—Es válida señor, usted la firmó, está en el cuerpo principal del contrato, la ley de arbitraje lo permite, no hay ningún problema.

—Sí, pero en esta cláusula arbitral en ese contrato por adhesión, se incorporó una cláusula que señalaba que, para yo plantear un recurso de anulación, tenía que pagar tres veces el valor del laudo [lo que ustedes quieran, el doble, el triple, el cuádruple].

—Se me está impidiendo el acceso a la justicia. Al árbitro yo le manifesté que era incompetente y se declaró competente, ¿dónde me quejo?

—Pague usted, señor, tres veces lo que ha señalado el laudo arbitral.

Si el tribunal arbitral cometió la barbaridad de establecer un daño moral de 60 millones de dólares, «Pague usted 120 en una carta fianza».

Absolutamente absurdo, arbitrario. La intención, me contestarán ustedes, evidentemente, con lo que les voy a contar, es que la ley tiene vida propia más allá de lo que quisieron los legisladores. Cuando participamos en la modificación de la ley actual, del Decreto Legislativo n.º 1071, ustedes se acordarán de que la Ley n.º 26572, establecía que era posible que para plantear el recurso de anulación se tuviese que exigir una carta fianza. Y, ¿qué hicimos en la comisión? Modificamos el criterio y dijimos: «no se va a exigir nada; la ejecución del laudo arbitral va a correr de manera paralela a la anulación del laudo arbitral; es decir, el recurso de anulación no suspende la ejecución. Eso sí, si tú quieres que se suspenda la ejecución, entonces, presenta tu carta fianza; si no quie-

res que se suspenda la ejecución del laudo, van a continuar de manera paralela el recurso de anulación ante la Corte Superior y el recurso de ejecución ante el juez ejecutor. Es tu decisión».

Pero, lo que no podemos hacer es limitar el acceso a un recurso que es garantista, porque no tengo otra garantía, no tengo otra garantía de queja, de supervisión a una arbitrariedad. De no existir ello, estaríamos permitiendo que un tribunal arbitral pueda realizar una serie de actividades sobre las que más adelante no tengo dónde quejarme de por qué tengo que presentar una carta fianza. Entonces, ante ello, ¿dónde queda todo el desarrollo doctrinario que he comentado?

Esto da para mucho más, evidentemente. Quiero comentar un par de temas, si no, no me va a alcanzar el tiempo; pero, creo que mi idea ha quedado clara, en el sentido de que el recurso de anulación es un recurso garantista. Tanto así es cierto, que el Tribunal Constitucional ha señalado en el caso María Julia, que es la única vía que yo tengo, la vía idónea para recurrir, ni siquiera la vía del amparo es la vía para establecer mi violación a la formalidad, a la no arbitrabilidad de la materia, a la incompetencia de los árbitros, a la violación del debido proceso, etcétera, etcétera; es la única vía que tengo. «No, señor, pague usted su carta fianza»; o sea, no sólo me has obligado a ir un arbitraje inexistente, no sólo me has obligado a pagar un arbitraje, sino que ahora para recurrir al Poder Judicial, tengo que pagar el doble, el triple, el cuádruple de lo que señala el tribunal arbitral para poder acceder a algo que debería ser un derecho garantista.

Ustedes me dirán que es un tema académico, yo creo que es un tema real; es un tema que ocurre. Evidentemente, gracias a Dios, no es recurrente, pero ocurre. Todos hemos visto el caso Orellana; es un caso típico, donde se fraguaban laudos arbitrales y se solicitaba su ejecución en vía judicial y se perjudicaba a un tercero. Ustedes dirán «no, el tercero de acuerdo al caso María Julia, tiene la vía del amparo». Sí, ok, pero y si formó parte del proceso arbitral, ¿tendría que solicitar una carta

fianza para ir a esa vía de revisión, de protección, de garantía? Yo, en lo particular, creo que no y creo que ésa fue la intención; la teleología del legislador cuando incorporó este mecanismo de anulación de laudo, de manera independiente a la suspensión de la ejecución.

Eso es punto 1; punto 2, lo que me han pedido que hable. Y ahí sí voy a discrepar con mi dilecto amigo, el doctor Wong Abad. El tema de la motivación. Nuevamente, la finalidad de la norma; la norma establece claramente en el párrafo segundo del artículo 62 —se los digo casi textual— el juez está prohibido, bajo responsabilidad, de entrar a discutir la motivación, los criterios, la interpretación de un laudo arbitral.

Del porcentaje que se ha mencionado en el estudio que ha hecho el doctor León, del 10% de laudos anulados, el 80% de ese 100% son por falta de motivación; y, sin embargo, uno dice, suena feo, «falta de motivación». Que un árbitro no haya motivado es un poco extraño. Nuevamente, la primera premisa, la ley de arbitraje permite que las partes pacten que no haya motivación en un laudo arbitral de un arbitraje privado, no del Estado, es posible pactar que no haya motivación. Entonces, lo lógico sería si queremos evitarnos estas anulaciones reiteradas del Poder Judicial por las causales de anulación, que pactemos que el árbitro podrá optar por no motivar y, si lo motiva, ya no podrá ser causal de anulación, como consecuencia de que se pactó una premisa que está permitida en la ley. Falta de motivación.

En consecuencia, vamos a la segunda: no se pactó. El árbitro motiva. Hay una serie de causales de falta de motivación; yo puedo aceptar y me parece lógico que un laudo que no sea motivado implique una violación al debido proceso, a la garantía, a la tutela efectiva. Muy bien, falta de motivación; pero, ¿una motivación insuficiente?, ¿quién me dice qué es insuficiente y qué no es insuficiente?, ¿dos páginas son suficientes?, ¿veinticinco páginas?, ¿citar dieciséis autores o tres? Muchas veces ésa es la puerta falsa para entrar al fondo de la controversia, entonces, se revisa el fondo de la controversia y se resuelve sobre el tema.

Esto ya no es una crítica al Poder Judicial, es una crítica al Tribunal Constitucional.

En el famoso caso Coisa, el Tribunal Constitucional se atrevió a ir al fondo de la controversia y anuló un laudo arbitral yendo al fondo de la controversia, lo cual ellos mismos habían señalado que eso no era posible de realizar, porque lo único que se realiza es la revisión de la forma. En consecuencia, la falta de motivación es algo que debemos ver de manera restrictiva. Coincido, evidentemente, con el doctor Wong acerca de que una motivación inexistente es causal de anulación y debe ser visto de esa manera, restrictivamente. Una motivación incongruente, probablemente también, en la medida de que no hay una motivación que se desprenda de los hechos que han motivado el tema.

Estas garantías motivacionales han sido señaladas por el Poder Judicial para los jueces, no para los árbitros. Si ustedes revisan toda la jurisprudencia, aquí tengo varias, por ejemplo, aquí tengo la más relevante, la 3943-2006; en fin, hay varias. Se señala «inexistencia de motivación», «motivación aparente», «motivación externa», «motivación deficiente», «motivación insuficiente», «motivación sustancialmente incongruente»; una serie de parámetros que no se le pueden exigir a los árbitros.

Y aquí también hay un tema conceptual; los árbitros no necesariamente tienen que seguir el mismo patrón que los jueces. El tribunal arbitral no se regula por el Código Procesal Civil; no hay un procedimiento, no hay un rito que seguir. La diferencia —también este ejemplo ya lo conocen varios—, la diferencia fundamental es que dos partes no pueden ir al Poder Judicial, tocar la puerta y decirle al juez: «Oye, pues, hemos decidido que este proceso no sea un proceso de conocimiento, sino un proceso sumario; los dos estamos de acuerdo». El juez dirá: «Oye, ¿de qué bar vienes? Yo no puedo modificar el proceso. En el arbitraje el procedimiento lo fijas tú, el rito lo fijas tú». Puede no haberlo, además.

Entonces, hay una serie de variantes y de criterios que el propio Poder Judicial no logra entender. Borro «Poder Judicial» para no detenerme en ese tema; los procesalistas no lo entienden.

Por ejemplo, ¿es posible, para efectos de la ley de arbitraje, que el tribunal arbitral modifique los plazos? No lo acepta el Poder Judicial; no lo acepta. Si tú has pactado en tu famosa y estúpida acta de instalación que tienes diez días para presentar la demanda, y la parte pide un día o dos días más, y tú dices: «te lo concedo y le concedo el mismo plazo a la otra parte». «Nulo el laudo arbitral porque los plazos son [...]». No funciona así; el arbitraje es flexible.

Insisto, una vez más, si las partes confiaron en los árbitros para que resuelvan el fondo de la controversia —lógica básica— presumo que confías en ellos también, pues, para el tema de la forma, dales esa posibilidad de que modifiquen plazos en aras de acceder a la solución final del conflicto, que es lo que las partes buscaron.

Entonces, creo yo que hay una serie de rigideces procesales que deben cambiar. Gracias a Dios están cambiando. Hoy día, en los procesos arbitrales ya no se está siguiendo el rito procesal ordinario; ya no hay un demandante y un demandado; ya no van a haber actas de instalación en la gran mayoría de centros de arbitraje. En fin, creo que hay una innovación y un avance cualitativo en el desarrollo de un procedimiento arbitral, sin que esto signifique perder de vista los principios fundamentales del debido proceso; de la seguridad jurídica; contradicción, bilateralidad y audiencia.

Si eso se da, lo demás es anecdótico y, en consecuencia, si se motivó, desde el punto de vista formal, como el Poder Judicial quiere que se motive una sentencia judicial, creo que es un error conceptual, porque la motivación del arbitraje es diferente a la motivación jurisdiccional, porque la esencia de las mismas, no es coincidente.

Muchas gracias.

## PREGUNTAS DEL PÚBLICO

**Primera pregunta:** ¿Qué opina de la incorporación del árbitro de emergencia como mecanismo para otorgar medidas cautelares fuera del proceso arbitral?

**Alfredo Soria Aguilar:** Bueno, me parece una alternativa. Depende básicamente de su regulación. Algunos centros de arbitraje ya están comenzando a incorporar esta figura; están evaluando, inclusive, otros incorporar esta figura para, de alguna forma, no recurrir a la sede judicial antes de la conformación del tribunal arbitral.

Entonces, yo creo que es una buena alternativa que se está dando en otros países, podría incorporarse aquí, sí; pero, básicamente la gran pregunta es ¿cómo se va a regular este tema del arbitraje de emergencia?

Por ejemplo, ¿cómo es el tema de sus honorarios?, ¿va a haber una lista de árbitros de emergencia?, ¿cómo es que se va a designar al árbitro de emergencia?; y una serie de temas que dependen de su regulación para que esto funcione. Pero, sin duda, me parece que puede ser una buena alternativa, como un mecanismo para otorgar medidas cautelares antes de que se conforme el tribunal arbitral. Puede ser una buena alternativa; pero, básicamente, va a depender de su regulación.

**Segunda pregunta:** ¿Si se elimina la fianza para ir en anulación, qué impediría que todos los laudos terminen en el Poder Judicial?

**Gonzalo García-Calderón Moreyra:** Me parece una muy buena pregunta. Efectivamente, nada. Pero, en realidad, es irrelevante porque justamente insisto con el concepto; la ley, lo que ha querido es que, mientras tú vayas al recurso de anulación, paralelamente se ejecute tu laudo, con lo cual si tú actúas de mala fe o simplemente quieres agotar todas las vías; y, a pesar de que no ha habido ninguna violación formal

establecida en las causales del artículo 63, igual para cumplir con mi cliente, presento mi recurso de anulación, el laudo se va a ejecutar.

Y esto funciona realmente así, en la medida en que tú consideres que se ha violentado tu derecho de defensa y que se ha violentado, yo que sé, la designación del árbitro; el mecanismo procedimental. No se le ha notificado adecuadamente de una audiencia; es decir, cualquiera de las violaciones del artículo 63. Entonces, presentarás tu carta fianza y evitarás la continuación de la ejecución del laudo arbitral. Quiere decir que, efectivamente, van a continuar en vías paralelas.

Además, es natural que el Poder Judicial supervise —insisto una vez más— que la formalidad del proceso se haya llevado adecuadamente. Leemos todos los días en *Jurisprudencia* en el diario oficial *El Peruano*, sobre clubes privados que actúan de manera arbitraria, entonces, «la asociación tal, botó al socio tal», porque le dio la gana; «es un club de privados, que se frieguen entre ellos».

No, ese socio tiene todo el derecho de recurrir al Poder Judicial para lograr que se le administre justicia y que se le siga un procedimiento regular, que le informe cuál es la causal; que se defienda, etcétera.

Vivimos en un Estado de derecho, en consecuencia, el arbitraje forma parte de un Estado de derecho. Entonces, la anulación de laudo —insisto una vez más— es una garantía.

**Tercera pregunta:** ¿Según su concepto, sólo se necesitaría la autorización del titular de la entidad para anular un laudo?

**Ricardo León Pastor:** No, el requisito legal último modificado es que sea una doble autorización, la autorización del titular de la entidad y la del titular del sector, y aquí ya estamos, como les digo, a nivel de ministros, etcétera, y eso es sumamente exigente.

Mi argumento era, si no se pueden obtener ni autorizaciones para conciliar por parte de los procuradores, menos se van a poder obtener autorizaciones de este nivel tan exigentes políticamente; de una jerarquía tan alta, por un lado.

Por otro lado, hablaba de, eventualmente, otras vías para poder hacer de este recurso un recurso razonable, para trabajar la idea de la integralidad de la política interna de la entidad.

Por ejemplo, que el procurador haga un informe donde evalúa los pros y contras de plantear el recurso de anulación y que obtenga la autorización de su superior; y que eso, eventualmente, como planteaba algún procurador, sea hecho bajo responsabilidad. Aunque yo le tengo miedo a la palabrita «bajo responsabilidad» porque, entonces, claro, si es bajo responsabilidad, nadie va a firmar nada y, entonces, esto va a ser igual que pedirle al Papa autorización para anular un laudo.

Lo que pasa es que tenemos que aprender en este país algo que es básico en el mundo desarrollado, se llama «ética de la responsabilidad personal». Tienes que hacer bien tu trabajo como procurador y si tú crees que tienes que ir a anulación, tienes que poner las razones, hacer un informe, firmarlo; y, si va mal esa anulación por una conducta negligente, por un mal cálculo del procurador; lo que habría que hacer es buscar otro procurador, si no demandarlo vía responsabilidad civil. Pero, eso no sucede en nuestro país; nadie se hace cargo de las consecuencias por una lógica básica, que es un poco perversa, y es que la gente piensa que los dineros del Estado son de nadie. Entonces, como no está en riesgo mi bolsillo, sino los bolsillos estatales que son de nadie, entonces, nadie pierde nada.

Esto no es así, porque el Estado pierde y sufre agravios, pero el Estado no actúa, salvo maquiavélicamente, no sé, a través de acciones de control no muy bien organizadas contra algunos funcionarios, y no contra tantos otros que negligentemente están haciendo esas anulacio-

nes de laudo que, al final del día, aumentan la cuenta y afectan las arcas estatales. Entonces, es complicado regular esto políticamente de manera interna.

**Gonzalo García-Calderón Moreyra:** Ésa es una buena salida para evitar, justamente, las anulaciones frívolas. Las anulaciones frívolas podrían terminar con una imposición de una multa por parte del Poder Judicial a aquél que planteó una anulación sin sentido. Entonces, ésa es una salida para desincentivar a aquél que plantea anulaciones por el puro gusto de presentarlas; es una salida interesante.

**Ricardo León Pastor:** Excelente, sólo anoto, bueno eso lo has pensado tú; te felicito; me parece muy bien, si yo fuera juez, no me queurrían mucho porque andaría imponiendo multas por aquí y por allá. Hay cada caso que no merece llamarse caso, que te presentan, es que es una cosa que tú quisieras saltar de dónde estás y ahorcar a ése que te ha presentado el caso. Entonces, sí, efectivamente, hay que hacer uso de la responsabilidad profesional, personal y las cortes podría ser más activas sancionando estas frivolidades, que lo único que hacen es llenar de casos absurdos a las cortes y causar potenciales agravios, o para las partes privadas o para el Estado.

**Cuarta pregunta:** ¿La figura de los tribunales de emergencia está en contra de lo que dice la ley de arbitraje, porque ésta establece que el Poder Judicial es el que dicta medidas cautelares en defecto del tribunal arbitral? ¿Un reglamento puede variar la ley de arbitraje?

**Alfredo Soria Aguilar:** Lo que ocurre es que la ley de arbitraje no establece expresamente esta figura; habla simplemente de que antes de la conformación del tribunal arbitral, quien tiene competencia es el Poder Judicial; pero, no creo que esa falta de precisión en la ley implique una ilegalidad de la figura o, en todo caso, de plano una ilegalidad de la figura del árbitro de emergencia.

En el ámbito del arbitraje, recordemos que existe la libertad de las partes para establecer las reglas de su procedimiento arbitral y, dentro de esas reglas, eventualmente, podría interpretarse que las partes se están sometiendo a unas reglas que incluyen la posibilidad de que haya un árbitro de emergencia que pueda otorgar estas medidas cautelares. O sea, al momento de establecer su convenio arbitral, las partes estarían sometiéndose a esta jurisdicción especial, acotada especialmente para que el árbitro decida acerca de las medidas cautelares.

Recordemos que el convenio arbitral puede establecer a un árbitro competencia sobre los asuntos que las partes quieran someter a la jurisdicción arbitral. Entonces, en este caso me parece que lo que estaría ocurriendo es que las partes le están dando competencia a un árbitro para que decida, única y exclusivamente, sobre temas de medidas cautelares; lo cual no me parece que vaya en contra de lo que dice la norma, sino que, simplemente, las partes han tomado eso como regla, y por eso me parece que no existiría ilegalidad en la figura del arbitraje de emergencia. Me parece que no existe ninguna contravención a lo que dice la norma, atendiendo a que las partes pueden establecer libremente su procedimiento.

**Quinta pregunta:** ¿Si la motivación es constitucional, si es una garantía, el pacto en contra de ésta, podría ser señalado como tal por el Tribunal Constitucional?

**Gonzalo García-Calderón Moreyra:** Ésa es una pregunta que para responderla, en realidad, hay que esperar a ver el resultado final con un caso práctico. No podría adelantar respuesta, no soy miembro del Tribunal Constitucional; pero, efectivamente, la ley de arbitraje señala claramente que es posible pactar que no se motive un laudo arbitral. El Tribunal Constitucional puede considerar que ése es un pacto que es inconstitucional y que, en consecuencia, no cabría ser aplicado. Pero, en fin, eso habrá que verlo casuísticamente.

**Sexta pregunta:** ¿Qué diferencia hay entre un laudo y una sentencia?

**Gonzalo García-Calderón:** Básicamente, es el origen... el origen. El origen del laudo arbitral emana de una voluntad que ocurre cuando las partes se sustraen a la jurisdicción predeterminada; a la jurisdicción ordinaria, y le otorgan a ese privado la facultad de resolver la controversia, y eso es un contrato. Lo que sucede es que el Estado le otorga a esa decisión el mismo carácter que le otorga a la sentencia judicial ordinaria; es decir, así como el Estado eleva, porque le da la gana, una conciliación y le da mérito ejecutivo, el Estado considera que esa decisión que emana de un contrato y que es privada y particular, va a tener la misma característica; no es igual, va a tener la misma característica que una sentencia judicial.

El origen es diferente, emanan de formas distintas. En consecuencia, si el origen es diferente, no puedo pretender aplicarle las mismas consecuencias que le aplico a la sentencia —en cuanto a la formalidad—, al laudo arbitral.

Ésa es una respuesta apriorística, no lo he desarrollado más; pero, finalmente creo que ésa es la diferencia fundamental entre hablar de una sentencia judicial y de un laudo arbitral.

**Séptima pregunta:** En el caso de una medida cautelar dictada fuera de un proceso arbitral; es decir, por un juez, y que luego es variada por el tribunal arbitral y notificada a una entidad bancaria, ¿esta entidad bancaria puede, una vez que recibe esta orden del tribunal arbitral, exigirle que esa medida sea notificada judicialmente para su cumplimiento?

**Alfredo Soria Aguilar:** O sea, lo que me dicen es: «como recibió una orden judicial, después viene un árbitro y modifica». Eso está expresamente habilitado en el numeral 6 del artículo 47, que dice:

El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir o dejar sin efecto medidas cautelares.

Entonces, lo que están preguntando es si la entidad bancaria tiene que exigir el levantamiento judicial.

No, la norma está diciendo que el árbitro ya tiene la competencia y puede éste, por su propia decisión; es decir, el tribunal arbitral o el árbitro único, notificar a la entidad del sistema financiero que ha modificado o dejado sin efecto la medida. Está expresamente señalado en el 47, numeral 6.

**Ricardo León Pastor:** Meto mi cuchara en lo que comentaba Gonzalo sobre esta causal de la motivación de por qué es diferente la motivación judicial respecto al laudo arbitral.

Una es, efectivamente, el origen convencional que habilita el elaborar un laudo y no una sentencia; y otra diferencia también tiene que ver con el tipo de control que se ejerce. ¿Por qué?; y ésa es una crítica que les hago muy amigablemente a mis amigos de la Corte de Lima, porque el modelo de control que usa el Poder Judicial peruano, es el modelo de control del estándar del caso Llamoja, que todos recordarán, 728-2008, publicado en octubre del 2008 por el Tribunal Constitucional.

En ese caso, hay una colección, pues se trata de un caso que recoge un expediente que mencionó Gonzalo; pero, el más famoso es el caso Llamoja, curiosamente. No sé por qué recoge una colección de errores en la motivación: «motivación insuficiente», «motivación aparente», «error en la justificación interna», «error en la motivación cualificada», etcétera.

Ese estándar se ha tomado, y me di el tiempo de hacer ese análisis mientras hacía la tesis doctoral. Se ha tomado de autores, básicamente españoles, que critican un modelo ideal de argumentación judicial,

ninguno de esos autores se ha fijado en laudos arbitrales; todos han construido su discurso sobre qué es buena motivación sobre la base de la motivación de los jueces, lo que supone un sistema de recursos donde —como ustedes saben perfectamente— a una decisión de primera instancia, simplemente por debido proceso, corresponde, eventualmente, ante una impugnación, una decisión de segunda instancia.

Entonces, es un control muy judicial éste de ver si está bien o está mal la motivación en el fondo, y es con el que los ojos de algunos de los jueces de la Corte de Lima intentan ver el recurso de anulación, que tiene como procedencia una naturaleza distinta, por lo que ha dicho Gonzalo.

Y gran parte de la jurisprudencia de la Corte de Lima, cita en las primeras tres o cuatro páginas de cada resolución que se aboca a una anulación de laudo, el estándar Llamuja; pero, una página antes o una página después, citan el artículo de la ley de arbitraje que dice que los jueces están prohibidos de ingresar a revisar motivaciones o interpretaciones abrazadas por el tribunal arbitral.

Entonces, en la tesis digo que esto es pura esquizofrenia, ¿cómo un juez va a decir que no puede entrar a valorar interpretaciones y va a aplicar el estándar Llamuja, donde se valoran malas interpretaciones sobre malas motivaciones? Eso no se sostiene conceptualmente y por eso también ven ustedes claramente la diferencia; la revisión que hace un juez de un laudo va a ser formal, como dice Gonzalo, desde el punto de vista sólo de aquellas causales muy acotadas del artículo 63 de la ley de arbitraje.

## MESA 4: TEMAS DE CUIDADO EN EL ARBITRAJE

*María del Carmen Tovar Gil*

*Cecilia O'Neill de la Fuente*

*Franz Kundmüller Caminiti*

*Silvia Rodríguez Vásquez*

*Rodolfo Miranda Miranda*

### MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

*María del Carmen Tovar Gil\**

Buenas noches a todos los asistentes y muchas gracias al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por la invitación.

Me es muy grato estar aquí para compartir con ustedes este tema del que me han pedido hablar que es «Medidas cautelares dictadas contra resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado».

Para centrar el tema, primero para ver en qué nos estamos centrandó en esta discusión, quiero que veamos de qué tipo de medidas cau-

---

\* Abogada y magíster en derecho internacional económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socia del Estudio Echeopar, firma miembro de *Baker & McKenzie*, donde lidera las prácticas de arbitraje internacional y regulatorio. Asimismo, es experta en controversias relacionadas con concesiones de infraestructura y contratos de obras públicas, y arbitraje de inversión, incluyendo casos ante el Ciadi. Además, es docente universitaria.

telares estamos hablando para este tema específico. Estamos hablando de las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales, pero por tribunales arbitrales constituidos para resolver una controversia en un contrato del régimen de la ley de contrataciones del Estado. Entonces, primero nos ubicamos, eso es lo que estamos viendo, medidas cautelares para este tipo de contratos.

Y, ¿cuándo se constituyen estos tribunales? El artículo 45 de la ley de contrataciones del Estado nos lo dice, y es cuando se dan controversias que surgen entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato. En el caso de la ley de contrataciones, sabemos que se ha previsto que estos casos se resuelvan por arbitraje.

Entonces, lo primero es ver el alcance de lo que va a ser nuestro comentario; y, bueno, ya sabemos de qué tribunales estamos hablando y de qué medidas cautelares estamos hablando, estamos planteándonos si esas medidas cautelares podrían suspender resoluciones del OSCE.

Entonces, ahora la pregunta es ¿de qué resoluciones del OSCE estamos hablando? Estamos hablando, en este caso, de las resoluciones de los tribunales que son tribunales administrativos creados por la ley de contrataciones y adquisiciones, para efectos de imponer sanciones a los proveedores y contratistas del Estado.

Bueno, también nos preguntamos ¿cuándo se imponen estas sanciones? Se imponen cuando se incurra en infracciones administrativas que están establecidas en el artículo 50 de la nueva ley de contrataciones del Estado.

¿Qué nos dice este artículo? Nos dice:

El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el li-

teral a) del artículo 5 de la presente ley, cuando incurran en las siguientes infracciones: [...].

Entonces, nos dice cuáles van a ser las infracciones por las cuales este tribunal administrativo se puede pronunciar. Y, entonces, la siguiente pregunta es: ¿pueden los tribunales arbitrales dictar medidas cautelares? No nos vamos a detener en eso porque ya sabemos que sí. Se dijo hace un rato aquí en la mesa anterior que esa discusión en el Perú ya es una discusión superada, porque la ley de arbitraje, específicamente, establece que lo pueden hacer. Entonces, sí pueden los tribunales arbitrales dictar medidas cautelares; vemos ahí el artículo 47 y esto también se aplica, y en la práctica sucede continuamente, en los arbitrajes de contratación pública.

Pero, la siguiente pregunta, que ya entra al corazón de la discusión es: ¿se pueden superponer las competencias del tribunal arbitral de un contrato con las del tribunal del OSCE?

Entonces, vamos a decir, la premisa previa es que cada uno de estos tribunales tiene un ámbito bien diferente. En el caso del tribunal del OSCE, lo que hace es ejercer su potestad administrativa de sancionar conductas específicamente tipificadas como sanción administrativa; en el caso del tribunal arbitral, lo que hace es resolver sobre una controversia en la ejecución de un contrato que se rige por la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado.

Entonces, son dos espacios diferentes; sin embargo, hay un espacio donde puede darse la situación de que el tribunal administrativo requiera de un pronunciamiento previo del tribunal arbitral para poder, realmente, imponer la sanción; y no estamos diciendo «requiera», porque no pueda hacerlo tomando cierta información, pero lo cierto es que hay un espacio en el cual si el tribunal administrativo se pronuncia sin que se haya pronunciado previamente el tribunal arbitral, podría estar haciendo que la labor que le corresponde al tribunal arbitral pierda sentido, y lo vamos a ver en unos momentos.

Y, entonces, la pregunta es ¿cuándo se justificaría una medida cautelar relacionada con una resolución del tribunal administrativo? Y la respuesta inicial es que se justificaría en caso de que si se sanciona sin esperar a lo que diga el laudo, la sanción tendría la virtud de generar que el laudo termine no siendo eficaz; es decir, el laudo dejaría de tener eficacia porque la sanción no lo esperó.

Y la pregunta siguiente es: ¿toda sanción que pueda imponer un tribunal del OSCE puede originar este efecto? Entonces, vamos a contestar; hay que ver esto desde el punto de vista de la infracción y de la sanción. Primero, desde el punto de vista de la infracción, no he puesto todas las infracciones porque no caben. Son tantas las infracciones que hay, pero he puesto algunas para efectos de poder dar ciertos ejemplos e ilustrar cómo sí puede hacer sentido en algunos casos y cómo no siempre hace sentido.

Entonces, tenemos, por ejemplo, las dos primeras sanciones:

Ocasionar que la entidad resuelva el contrato siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral.

Entonces, se puede sancionar cuando se ha resuelto el contrato por culpa del contratista, pero ojo, miren que la propia sanción pone que siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en la vía conciliatoria o arbitral. Entonces, ojo, aquí ya estamos viendo esa interfase y estamos viendo que hay una suerte de armonía al momento de legislar, que es lo que voy a rescatar en unos momentos, porque la ley al poner esta sanción ha dicho: «acá está, sí es sancionable, pero después de que haya quedado firme».

Lo mismo sucede con la segunda que estamos mencionando,

No proceder al saneamiento de los vicios ocultos cuya existencia haya sido reconocida por el contratista o declarada en vía arbitral.

Nuevamente, un reconocimiento, una interfase entre los dos.

Pero, luego vamos a ver otras, vemos ésta que dice:

No contar con residente o supervisor de obra, a tiempo completo o que preste servicios en más de una obra a la vez.

Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que se dan con posterioridad al pago o cuando el pago ya se hubiera efectuado.

Y aquí ya no vemos esa «colita» que dice:

[...] hay que esperar a que esto quede firme o haya una resolución del tribunal arbitral.

Entonces, aquí vamos a decir: «bueno, ¿en este caso hay cierta colisión entre lo que hace uno y el otro?»; y la respuesta va a ser «depende», porque estas situaciones también pueden estarse discutiendo en el arbitraje y, si se están discutiendo en el arbitraje, podría darse la situación de que una sanción por una de ellas pueda convertir en ineficaz el laudo. Entonces, no lo dice expresamente, pero lo vemos.

Y, luego vamos a ver en el otro lado, que hay otras infracciones que son distintas: «Desistirse o reiterar injustificadamente su propuesta». Eso no tiene nada que ver con el contrato; «incumplir con perfeccionar el contrato». Eso es previo al contrato; «presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/o de observaciones». No tiene que ver con la fase del contrato; «subcontratar prestaciones sin autorización o en porcentaje mayor al permitido». Nuevamente estamos en el lado de «con esto podría haberse resuelto el contrato». Por subcontratar, pero claro, estaríamos entonces en las dos infracciones, en la que ocasionó la resolución y, entonces, también ésta podría estar a caballo entre los dos sitios y dependerá de si se está viendo en un tribunal y qué cosas se están viendo en el tribunal; y,

«presentar información inexacta las entidades, al Tribunal de Contrataciones o al Registro Nacional de Proveedores (RNP)», si es en el Tribunal de Contrataciones o en el RNP no tiene que ver con el arbitraje, si es en las entidades, depende del contexto en el que se haya presentado.

Entonces, vemos que por el lado de las infracciones sí vemos infracciones que podrían requerir del pronunciamiento del tribunal para poderse imponer con justicia y sin afectar la parte que corresponde al tribunal arbitral. No se está negando la potestad sancionatoria, si no se le está diciendo que tiene que esperar un poco, es conveniente que espere, y vamos a ver que la propia ley lo reconoce así.

Desde el punto de vista de la sanción, que puede ser multa, inhabilitación temporal y definitiva, va también a ser muy casuístico, va a depender de si esa sanción impuesta genera realmente que el laudo luego resulte ineficaz. Pero, creo que el peso está más en el lado de la infracción, que en el lado de la sanción, pero no he querido dejar de mencionar que el lado de la sanción también puede ser relevante.

¿Hay, entonces, una relación entre un arbitraje de contratación pública y uno sancionador? Sí, a veces, no siempre, de acuerdo a lo que hemos dicho; pero, es interesante ver que la norma, la ley de contrataciones, expresamente ha reconocido la existencia de esto.

Vemos que en el artículo 223 la propia ley de contrataciones dice que: «El tribunal —éste es el tribunal administrativo— suspende el procedimiento administrativo sancionador siempre que [...] a solicitud de parte o de oficio, cuando el tribunal considere que, para la determinación de responsabilidad, es necesario contar, previamente con decisión arbitral o judicial».

Entonces, vemos que la propia norma ha reconocido la necesidad de que haya una suspensión. Éste es el texto vigente y quería compararlo con el texto anterior; y el texto anterior también lo ponía, pero lo

ponía parametrándolo, y decía «solamente a solicitud de parte» y en dos supuestos específicos; en la norma vigente, se pone «a solicitud de parte o de oficio» y dice «cuando el tribunal considere que, para la determinación de responsabilidad [...]»; es decir, es cuando considere, ya no lo pone en dos supuestos específicos, le da cierta flexibilidad.

¿Qué tenemos, entonces, para terminar? Que la norma ha dispuesto la suspensión del procedimiento sancionador para hacer compatible la labor del tribunal arbitral y la del tribunal administrativo. Ello, porque el tribunal administrativo actúa en una función pública distinta y lo que es de su competencia no es la materia contractual ni arbitrable, pero no puede tampoco invadir lo que es competencia de la controversia contractual. De acuerdo a lo que dice la norma, no deberían ser necesarias las medidas cautelares, no deberían existir, porque el tribunal debe suspender; sin embargo, pueden haber situaciones en las cuales haya necesidad de ellas, y la norma no ha cerrado la posibilidad; la ha dejado abierta y no las impide. Pero, yo creo que sólo pueden darse en situaciones muy específicas, en las que pueda requerirse que el tribunal arbitral las dicte, para evitar que no sea eficaz su laudo.

Entonces, sí pueden haber en casos específicos medidas cautelares. Lo normal es que no vayan a ser necesarias; pero, creo que cuando se den, tienen que estar muy justificadas, en casos en que la sanción estaría invadiendo la competencia arbitral, y lo que sí no puede pasar es que se conviertan en un medio para que sea el tribunal arbitral el que esté invadiendo la competencia del tribunal administrativo. Es decir, lo que no puede pasar, es una mala práctica de que se generen tribunales arbitrales donde no corresponde para buscar una vía de sacarle la vuelta a la potestad sancionadora.

Y con eso, me dicen que tiempo cumplido.

Muchas gracias.

## CONDUCTAS OBSTRUCCIONISTAS EN EL ARBITRAJE

*Cecilia O'Neill de la Fuente*\*

Buenas noches, muchas gracias a todos por estar acá. Pero, en primer lugar, agradezco mucho al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por la invitación a este congreso internacional; agradezco también a la Universidad Católica que es mi *alma mater*, por haberme invitado.

Bueno, tengo que hablar de conductas obstruccionistas en el arbitraje y eso podría dar lugar a contar un montón de anécdotas, y estoy segura de que podríamos pasarnos muchísimo tiempo compartiendo anécdotas en esta línea; pero, he decidido estructurar esta exposición que voy a compartir con ustedes, a partir de una noción esencial en el arbitraje, y es que el arbitraje es inevitable, no podemos escapar de él, una vez que, evidentemente, se ha pactado.

Creo que ésa es la premisa y eso es lo que ha llevado a discusiones eternas sobre la naturaleza del arbitraje, si es contractual o es jurisdiccional, mixto, etcétera. Pero, sea como fuere su naturaleza, lo cierto es que es inevitable y creo que esa idea es la que debe conducir a analizar si las medidas que se nos presentan en la vida cotidiana como árbitros, son obstruccionistas o no lo son.

Quería empezar con esta idea, que suena un poco extraña, y me pregunto si en el arbitraje ocurre esto: ¿nacer para vivir muriendo? Voy a intentar explicar esta idea a continuación.

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y máster en derecho por la Universidad de Pensilvania. Es Vicedecana de Derecho en la Universidad del Pacífico y experta en temas contractuales y corporativos, desarrollo de procesos de auditoría legal para la adquisición o el financiamiento de empresas y el traspaso de negocios. Además, es árbitro y docente universitaria.

Esto es una paradoja y quisiera que lean un segundo lo que significa paradoja; el diccionario lo dice, es una «idea extraña y opuesta a la común opinión y al sentir de las personas», una «aserción inverosímil o absurda, que se presenta con apariencias de verdadera», una «figura de pensamiento que consiste en emplear expresiones o frases que envuelven contradicción». Creo que, en el fondo, una paradoja genera contradicción.

Esto es una paradoja, «lo escrito aquí abajo es mentira, lo escrito ahí arriba es verdad».

¿Cómo se traduce esto en el arbitraje? Miren esta imagen, hay dos partes, un árbitro que está exactamente en el medio, y en la misma posición de jerarquía. Esto creo que lo que transmite es el propósito de tratar el arbitraje como un contrato, el árbitro está ahí más que para mediar porque no es lo que hace. Resuelve una controversia, entiendo yo que esta figura nos da la sensación del arbitraje como un proceso emanado de la voluntad de las partes y que, por tanto, es inevitable, y que debe evitar obstrucciones.

Y ésta es la única manera de lograr el equilibrio entre la potestad de los árbitros de solucionar las controversias con una decisión que es firme y ejecutable por todas las autoridades; pero, que al mismo tiempo genera un equilibrio, dado que recoge, en el fondo, la voluntad de someterse a esa potestad.

Y, entonces, acá hay algunas consecuencias que quería compartir con ustedes derivadas de este principio enorme de la inevitabilidad del arbitraje. La primera es que no puede ser inevitable si no partimos de la premisa que hay que darle un trato igualitario a las partes todo el tiempo, y que cuando los árbitros tenemos que tomar decisiones cada día sobre si se amplía un plazo o no, sobre si se posterga una audiencia o no, sobre las decisiones más nimias y cotidianas del arbitraje, hay que pensar siempre en esto.

Otra consecuencia de que sea inevitable es que tenemos la figura de la designación residual de árbitros; si alguien no designa, no hay que ir al Poder Judicial; la cámara lo va a designar.

Libertad de actuaciones, y hay una regla muy, muy general y flexible, que creo que es el 32 de la ley, que le da a los árbitros muchísima flexibilidad para adaptarse.

La renuncia del derecho a objetar; yo no me imagino una buena ley sin esta regla. Ustedes saben, es el artículo 11, creo, que si una parte conoce o debía conocer, esa clave de la regla, una parte conoce o debía conocer que ha habido algún no cumplimiento, al menos, o incluso, una contravención de una regla arbitral, de la ley o del pacto, y no lo dice apenas podía, bueno, mala suerte, no lo va a poder cuestionar después. Ésta es una maravillosa norma para evitar el obstruccionismo y cuestionamientos tardíos en todo sentido, en recusaciones, etcétera.

Ha habido un panel, creo que ayer, sobre anulación; no voy a centrarme en esto, pero tenemos el famoso «María Julia» que ha delimitado bien el tema. En las anulaciones en contratación pública está esta regla que ahora exige bajo responsabilidad a los funcionarios que hagan un análisis costo-beneficio para saber si van a anulación.

A pesar de que hay otras consecuencias derivadas de la inevitabilidad, me voy a concentrar en dos. Una es la separabilidad del convenio, una cosa es el contrato de fondo y otra es el convenio arbitral. El contrato de fondo puede estar viciado, el convenio no. Y una consecuencia de la separabilidad es el *competence-competence*, los árbitros se miran, tienen que mirarse al espejo para ver si son o no competentes.

¿Cuáles son los efectos del *competence-competence*? Es como dos caras de la moneda, como vamos a ver luego. La primera consecuencia positiva es que el tribunal define si es competente o no; pero, la negativa es que, dado que el tribunal es el que tiene que definir si es competente,

no son los jueces los que deben definir si somos o no competentes. Y son así, se complementan estas dos caras de la moneda.

Como consecuencia, a su vez, de la inevitabilidad, separabilidad y *competence-competence*, quiero concentrarme en este punto. Como una buena medida —me parece— para evitar el obstruccionismo; y es cómo se ha regulado en la ley de arbitraje la excepción de convenio arbitral. Vamos a ver, luego, que esta regla no está —en mi opinión— debidamente acompañada por la regulación, más bien procesal civil, donde podría hacerse algún cambio, como vamos a ver.

Ésta es la excepción de convenio arbitral, la pueden mirar, he subrayado algunas palabras clave, «[...] sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo». Claro, son separables. Entonces, la regla es, la premisa es, si hay una excepción de convenio arbitral ante un juez, en principio, la excepción se ampara, el juez se lava las manos y manda esto a donde tiene que resolverse; pero, la clave está en qué fue primero, la excepción o el proceso judicial.

Entonces, ustedes lo ven ahí, es claro. En el primer caso, cuando la excepción se plantea antes de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral. ¿Qué pasa si ya se inició un juicio y no hay proceso arbitral iniciado y se ampara esta excepción? Bueno, lo que señala la norma es que la única razón para que el juez conserve su competencia, es que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo; no cualquier nulidad, la frase «manifiestamente nulo» supone, según la doctrina y el sentido común, un análisis de nulidad que tiene que hacerse *prima facie*. Vamos a ver que las consecuencias de esto son bien importantes.

Aquí está un poco el resumen. Si la excepción es antes del arbitraje, sí analizar la nulidad manifiesta; si es después del arbitraje, no analizar

la nulidad manifiesta. Es decir, la excepción es fundada. Este análisis *prima facie*, incluso, está ratificado por una casación de la Corte Suprema, que dice que la nulidad debe ser evidente y que no hay exigencia de mayor prueba que el propio acto que se exhibe.

Entonces, vayamos ahora sí muy rápido; no me voy a concentrar, imagínense, en el acto jurídico, pero el convenio arbitral es un contrato y sus causales de nulidad son las que regulan los contratos, que son éstas. Y yo quisiera saber si hay alguna de estas causales, civilistas por favor, litigantes, cuya existencia puede determinarse *prima facie*. Me imagino que en el caso de incapacidad, cuando es un menor de edad, lo cual es absurdo, difícilmente se va a presentar una situación como ésa. ¿Falta de manifestación de voluntad? Bueno, el arbitraje tiene que constar por escrito, pero tenemos esta regla que te dice que escrito es cualquier cosa y tenemos la regla, que es la vocación del derecho civil, que la voluntad se expresa de distintas maneras. ¿Eso *prima facie*? ¿*Prima facie* objeto física o jurídicamente posible?, si no hay papeles, pruebas. Fin ilícito, la famosa causa. Simulación absoluta, que requiere un acuerdo simulatorio, además, cuya probanza es absolutamente compleja. La formalidad, en fin, declaración de nulidad por ley, orden público, etcétera.

Lo que termina pasando es que, en el fondo, los jueces están un poco atados de manos para determinar que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo, que es la única razón por la cual pueden retener el proceso; y ésa es una medida saludable, en mi opinión, para evitar el obstruccionismo del arbitraje que, de nuevo, es inevitable.

Alguien se puede preguntar «ok, la nulidad manifiesta; pero, ¿la anulabilidad manifiesta?», alguien podría decir «sí, en caso de que la discusión sea de anulabilidad y no de nulidad, también el juez tiene esa potestad», porque total, ustedes recordarán, Código Civil, cuando el acto anulable es nulo desde su celebración, entonces, es lo mismo. Yo creo que no, un acto anulable puede convalidarse y, además, creo que esa regla que restringe la potestad de los jueces de interferir en el arbi-

traje, tiene que aplicarse o interpretarse, favoreciendo el arbitraje. O sea, hay restricciones para evitar el arbitraje.

Y, lo mismo, hay una discusión con ineficacia; tampoco me voy a detener acá. Creo que para nada es la vocación de la ley peruana de arbitraje que los jueces puedan retener la discusión cuando piensan que el convenio arbitral es manifiestamente ineficaz. Creo que sea posibilidad no ha sido planteada.

¿Qué puede hacer un deudor que quiere evitar el arbitraje en esas circunstancias? Probablemente, lo que haría es cuestionar el arbitraje, la validez del convenio arbitral, para lo cual podría iniciar un proceso judicial declarativo; cualquier cosa, antes de que su acreedor presente una solicitud de arbitraje. Entonces, perfecto, porque así le va a abrir el camino al juez para, eventualmente, analizar esa nulidad manifiesta.

¿Cómo puede evitarse? Difícil, el acreedor tendría que presentar una solicitud arbitral antes de plantear la excepción y ahí hay que considerar plazos para notificar la solicitud arbitral y, al mismo tiempo, para plantear la excepción, que debe ser un plazo corto, la verdad no recuerdo en este momento cuál es.

Entonces, en fin, si bien se puede dar este comportamiento obstruccionista, creo que un deudor oportunista que quiere obstruir el arbitraje yendo al Poder Judicial, tiene el camino más o menos cerrado; está más o menos acorralado.

¿Cuál es el problema? El Código Procesal Civil reconoce la excepción en esta norma, el 446; pero permite que haya procesos paralelos. Es más, bueno, uno dirá: «ya, en fin, que corran los dos procesos en paralelo»; pero, todavía peor, hay una regla que dice que si hay una decisión judicial que ampara la excepción, un juez que dice «chau, esto no me toca», bueno, esta decisión es apelable, pero con efecto suspensivo. Entonces, ¿hasta cuándo van estos dos caminos paralelos? No sé.

Y esto ya es una reflexión final que nos lleva a concluir que la posibilidad de que el Poder Judicial determine la validez de un convenio arbitral debe ser excepcional y restringida, porque si no, ocurriría la paradoja con la que empezamos, que es evitar lo inevitable. Ésa es la paradoja, o que el convenio arbitral haya nacido para vivir muriendo.

A mí me gusta mucho ver películas y creo que es oportuno cerrar con esta idea «Existe algo tan inevitable como la muerte: la vida» (Charles Chaplin).

Muchas gracias.

**LÍMITES ENTRE EL ACUERDO DE LAS PARTES  
Y LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE**

*Franz Kundmüller Caminiti\**

Bueno, quiero comenzar agradeciendo la invitación de mi *alma mater* y también del centro de arbitraje, para exponer el día de hoy sobre los límites a la autonomía de las partes, sobre la libertad de las partes.

En realidad, cuando hablamos de arbitraje, deberíamos de tomar en cuenta que antes que límites, estamos hablando básicamente del ejercicio de la autonomía de la voluntad y, desde esa perspectiva, tendríamos que tener en cuenta un principio fundamental en el arbitraje que es, precisamente, el que se sustenta en la libertad de las partes para pactarlo.

---

\* Abogado y magíster en derecho internacional económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro y docente universitario, experto en negociación, conciliación y arbitraje, exsecretario general de Consucode, exmiembro de la Comisión Multisectorial Negociadora de los Tratados Bilaterales de Inversión del Estado Peruano y exnegociador por el Perú en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

De pronto puede ser un poco complicado de explicar esto, en un medio como el nuestro, tan sesgado, por lo que en un principio bautizamos como «arbitraje administrativo», porque cuando participamos en los arbitrajes, cuando participamos en los foros, cuando participamos en los talleres, en las conferencias, etcétera, encontramos que hay un sesgo; un paradigma a favor de pensar que el arbitraje y todo el arbitraje que hay en el Perú, es el arbitraje con el Estado; y, por ende, el arbitraje es «arbitraje administrativo».

Yo tengo que comenzar acá, al hablar de autonomía, a decirles que la marca «arbitraje administrativo» es algo que inventamos en Consu-code en el año 2000; es una marca, no es algo que permita explicar la naturaleza jurídica, que es algo que nos gusta mucho a los abogados, hablar de la naturaleza jurídica como quien habla de auquénidos, vacas, etcétera. El «arbitraje administrativo», es eso, es una marca que se acuñó en el año 2000, hace ya mucho tiempo, para familiarizar a los funcionarios públicos con la práctica arbitral que comenzaba a surgir a fines de los años noventa, con la primera ley de contrataciones del Estado que, como ustedes saben, unificó todos los regímenes de contratación pública en uno solo e incorporó la figura del arbitraje, entre comillas, obligatorio.

Y ahí había que inventar un producto, pero ese producto en realidad, si ustedes lo cotejan con la estructura conceptual básica de lo que es un arbitraje, en realidad, no se diferencia mucho, porque la doctrina es uniforme en sus diversas fuentes; y, por ejemplo, Gary Born lo dice en alguno de sus famosos textos. Gary Born es una especie de Papa Francisco del arbitraje, y él dice que si tenemos un convenio arbitral, si tenemos una adjudicación y si tenemos un laudo vinculante para las partes, entonces, tenemos un arbitraje.

¿Eso pasa en la contratación pública? Sí, sí pasa, a pesar de la obligatoriedad, porque todos se olvidan que dentro del contrato hay siempre un convenio arbitral y, ese convenio arbitral ha tratado de ser amaes-

trado por la legislación en materia de contratación pública desde fines de los noventa y comenzó con una estructura conceptual para hacerlo obligatorio e incorporarlo automáticamente en los contratos, para después ir derivando en una serie de disminuciones como, por ejemplo, restricciones en las materias.

Entonces, si vamos a hablar de límites a la autonomía en el arbitraje, de pronto, en esta competencia arbitral especializada, que es el arbitraje en contratación pública, sí podemos decir que hay ciertos ámbitos que están restringidos y que son casi, casi un tabú, y que son una respuesta del sistema frente a algunos casos complicados e irregulares. Recuerdo mucho, a principios del 2000, la discusión sobre la arbitrabilidad de los famosos adicionales de obra, pero no quiero profundizar en ese tema, quiero simplemente destacar que el arbitraje en contratación pública no es todo el arbitraje, el arbitraje es el arbitraje, y el arbitraje tiene como elemento central este famoso y sacrosanto principio de la autonomía que, en esencia, lo que quiere decir, es que cumpliendo ciertos parámetros básicos, dos privados pueden pactar como les dé la gana su arbitraje. Y ese pactar como les dé la gana es, en realidad, un principio central que está emparentado, principalmente, con el comercio.

Este parentesco del arbitraje con el comercio tiene una larguísima data, no es un invento de esta globalización de fines de los noventa, es un invento, principalmente, que aparece con el surgimiento de cosas como la *lex mercatoria* en el siglo XX, o en el siglo XXI en las ciudades más importantes de Europa, y donde encontramos una necesidad práctica del comercio para uniformizar criterios y lograr un derecho uniforme o razonablemente uniforme para facilitar el comercio. Este proceso no ha sido pacífico, ha sido un proceso largo, complejo y, de la mano con este proceso, una serie de autores reconocen la presencia del arbitraje como medio de solución de controversias absolutamente emparentado con las prácticas comerciales.

Entonces, ¿qué nos dice el marco normativo? El marco normativo nacional y el marco normativo, digamos, principal en materia de arbitraje, que es la ley de arbitraje peruana, es muy claro en cuanto a reconocer la libertad de las partes para pactar.

¿Cuál es el problema en el Perú? Muchas veces no somos conscientes de esa libertad y, más bien, mezclamos los paradigmas y a veces «procesalizamos» el arbitraje o a veces lo «administrativizamos» innecesariamente. De hecho, hay una serie de ritos en el arbitraje peruano también, por ejemplo, si ustedes se ponen a revisar y siempre lo mencionamos, en ninguna parte de la ley de arbitraje está regulada la famosa figura del acta de instalación del tribunal arbitral; sin embargo, para los litigantes arbitrales locales, el acta de instalación y su celebración es una especie de sacramento ineludible, sin el cual yo no tengo mi cartoncito sellado mediante el cual puedo demostrar que existe mi arbitraje.

En realidad, el acta de instalación es absolutamente innecesaria si miramos la forma como el arbitraje está regulado en la ley, que dice claramente que con la aceptación del último de los árbitros, queda constituido el tribunal arbitral; pero, en la práctica, ocurre que nadie lee la ley, no sólo la ley de arbitraje, dicho sea de paso, nada de la «ley general», «¿para qué vamos a leer la ley? Tenemos periodistas que la leen por nosotros»; y, señores, hay que leer la ley y la ley de arbitraje, además, es una ley muy sencilla, que obedece a altos estándares universalmente aceptados.

O sea, en el Perú, y esto es otra cosa que hay que señalar, no hemos inventado la pólvora con el arbitraje peruano; hemos sí «tropicalizado» ciertas disciplinas, «tropicalizado» es un decir, más bien, nacionalizado ciertas disciplinas, con el Decreto Legislativo n.º 1071, a partir de una serie de experiencias prácticas que se dieron desde la Ley n.º 26572, hasta el año 2008 en que se aprobó esta última ley de arbitraje. Sería ocioso volver a ver en detalle cada una de las modificaciones, pero cosas como, por ejemplo, cuando había una incertidumbre sobre el centro

de arbitraje al cual se debía recurrir, había muchos casos antes del año 2008 donde ocurría esto. Estaba, por ejemplo, el centro de Guillermo Lohmann, que no me acuerdo su nombre, estaba Cearco y otras instituciones que no funcionaban; y, de pronto, en la Cámara de Comercio nos encontramos con cláusulas arbitrales de ese tipo y no teníamos una solución en la ley. Hoy, la ley peruana, plantea esa solución. Hemos incorporado otras normas como la del régimen de tratamiento de la parte no signataria, entre muchas otras.

Pero, regresando al tema de las autonomías, hay que decir también que el marco normativo peruano estructura claramente las posibilidades técnicas de un arbitraje nacional y sintoniza perfectamente con la Ley Modelo en lo que concierne a la posibilidad de regular nuestro arbitraje sobre la base de la ley del contrato, o sobre la base de la ley del foro arbitral, o sobre la base de la *lex arbitri*. Estas posibilidades están a disposición de las partes que quieran pactar su arbitraje de la mejor manera; no tenemos ninguna restricción en ese sentido.

Ahora, esta especie de escenario ideal de plenas autonomías, hay que combinarlo con algo muy concreto, que es el escenario de conflicto que se suscita una vez que las partes necesitan llevar a cabo su arbitraje porque el deudor está incumpliendo. En este escenario es donde, efectivamente, se pone a prueba el convenio arbitral y donde, efectivamente, vamos a ver si esa autonomía del arbitraje, se plasmó de una manera concreta, de una manera que va a brindar seguridad jurídica.

Fíjense. Ocurre algo muy interesante en el arbitraje. La experiencia enseña, y lo hemos visto mucho en la experiencia profesional, que la cláusula arbitral es lo último que entra en el contrato, es una especie de furgón de cola, y llega el contrato después de que hemos negociado las estipulaciones principales. Sin embargo, cuando el contrato se rompe, cuando el contrato entra en crisis, ¡oh sorpresa!, esa clausulita que era una especie de Cenicienta, furgón de cola, se convierte en «la cláusula»

y, cuando eso ocurre, es donde, efectivamente, en la realidad de un litigio vamos a poder medir la calidad de nuestra cláusula, no antes.

Antes de eso, de pronto, hemos incorporado la cláusula tipo del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica o hemos incorporado una cláusula arbitral *ad-hoc*, qué sé yo; pero la cláusula va a adquirir realidad cuando estemos ante los incumplimientos reiterados del deudor, cuando ya lo hayamos intimado y le hayamos exigido el pago y, en ese momento, se va a convertir en la cláusula principal del contrato. Yo les pregunto: ¿y si no la pactamos bien? Fíjense que las probabilidades de no pactarla bien, lamentablemente, son muy altas porque, como les decía, la cláusula entra al final.

Yo me preparé con mucho entusiasmo hoy día para este *speech*, no hice un PPT, pero hice mi *paper*, que servirá después para la revista; se me quedan muchísimos temas en el tintero, sólo tengo que decir que esa autonomía encuentra ciertos límites que ustedes pueden identificar en la ley de arbitraje y acá voy a cerrar.

Básicamente, si ustedes revisan la ley de arbitraje, deben tener en cuenta el artículo 26, por ejemplo, que es una norma no disponible. «Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de una de las partes, dicha estipulación es nula». Es una norma concreta, específica, típica de la regulación arbitral. Junto a esto tenemos, además, una norma espejo, en el plano procesal, que consiste, básicamente, en que los árbitros tienen que tratar a las partes en términos de igualdad. La afectación de la igualdad a las partes, sin duda, de forma inmediata, genera base para una causal de anulación del laudo, que —entendiendo— han visto en su momento en el panel correspondiente.

Entonces, ya para resumir y cerrar, y se me queda en el tintero el tema del arbitraje internacional, no todo es autonomía. Tenemos un régimen que también brinda garantías para que nuestro arbitraje se lleve en un

plano de igualdad entre las partes, en el ámbito del diseño del convenio arbitral, cuyas estipulaciones tienen que estar muy equilibradas y desarrolladas con un criterio técnico. Es sumamente importante eso, asesorarse bien cuando vamos a incorporar una cláusula arbitral en el contrato. Por otro lado, en el plano procesal, acuérdense que la cláusula se convierte en la cláusula principal del contrato y que los litigantes arbitrales tienen todo el derecho a exigir el trato igualitario por parte de los árbitros.

Muchas gracias.

### SISTEMA DE GESTIÓN ÉTICO EN EL ARBITRAJE

*Silvia Rodríguez Vázquez\**

Gracias. Buenas noches, muchas gracias por su asistencia y gracias a mis copanelistas; realmente es un lujo tenerlos acá y por haber aceptado esta invitación.

Bueno, la mesa se llama «Temas de cuidado en el arbitraje», y pensaba y decía «les voy a hablar de ética; me equivoqué de mesa».

Creo que no, es un tema de cuidado, definitivamente en el arbitraje, el tema de la ética o la falta de ética, la antípoda, la corrupción. Estamos viviendo tiempos en que cada día se descubren situaciones reñidas contra los valores. Yo no voy a ahondar sobre el tema, cada uno lo ve en la televisión cada día; entonces, creo que esto podría servirnos como un

---

\* Abogada con estudios de maestría en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Secretaria General de Arbitraje, Conciliación y *Dispute Boards* en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica. Ha gestionado y liderado la supervisión de más de 1,300 arbitrajes en la Unidad de Arbitraje PUCP y es docente de formación continua en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de esta casa de estudios.

espacio de reflexión y decirles qué estamos haciendo nosotros también para contrarrestar esto.

Estaba reflexionando y decía que hace unos meses no había agua en Lima y nos dimos cuenta, había hasta *memes* que aparecían diciendo «ahora sí... cómo recién cuidas el agua». Efectivamente, empezamos a darnos cuenta de que el agua nos faltaba, comenzamos a cuidarla un poco más y se empezó a hablar mucho de eso.

Entonces, esto es un signo también, ahora que hablamos tanto de ética, es porque tal vez en nuestra sociedad está faltando este tipo de valores. ¿Qué es lo que está pasando? ¿Las universidades estamos haciendo nuestra tarea? ¿Está haciendo la tarea la sociedad? ¿La familia?

La Católica tiene cursos de ética, hay eventos que se realizan; sé que ahora también otras universidades están tomando la posta con el tema de ética y, entonces, nosotros queremos en este espacio que me han dado de quince minutos, hablar sobre esto.

Bueno, empecemos con qué es la ética. Yo me quedo con la función cuatro y cinco, «conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida», pero también es una «parte de la filosofía que trata del bien y del fundamento de sus valores».

También estuve averiguando un poco diversos autores que nos hablan de lo que es la ética:

Mediante la ética el hombre adquiere su verdadera dimensión humana.

Llamamos ética a la elección de la conducta digna, al esfuerzo por obrar bien, a la ciencia y al arte de conseguirlo.

Fuente: José Ramón Ayllón, *Introducción a la ética*.

[...] la ética va más allá de lo legal: es la norma suprema y universal de conducta del ser humano como ser humano, y por ser humano, califica y determina lo que es justo, y bueno, en nuestros actos, internos y externos, como personas y como miembros de la sociedad.

Fuente: Juan Julio Wicht, *Ética y autonomía*.

Entonces, estamos hablando de que la ética es una conducta humana; no podemos hablar de ética en los animales. Pero, la ética va dirigida a lo que es el bien y el mal, a la elección que cada persona tiene que hacer y que sabe que tiene que llegar a ser; es un deber ser.

Entonces, ante esta situación, tenemos una antípoda, que es la corrupción. Y me voy a remitir a lo que dice el *Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016*, sobre qué es la corrupción:

El uso indebido del poder para la obtención de un beneficio irregular, de carácter económico o no económico, a través de la violación de un deber de cumplimiento, en desmedro de la legitimidad de la autoridad y de los derechos fundamentales de la persona.

Según Cecilia Salgado en *El flagelo de la corrupción: conceptualizaciones teóricas y alternativas de solución*, es

[...] una acción social ilícita o ilegítima encubierta y deliberada con arreglo a intereses particulares [...]

Y me parece muy importante la siguiente parte

[...] afectando deberes de función, intereses colectivos y/o la moral social.

La corrupción, entonces, estamos viendo que alcanza y atañe a toda la sociedad; a la moral social.

Pero, ¿por qué ocurre esto?, ¿qué pasa con la corrupción?, ¿es genético?, ¿se adquiere al nacer? Lo que pasa es que el ser humano es un ser de aprendizaje. La mayoría de comportamientos son normalmente aprendidos y muy pocos son innatos. Pero, se aprende de dos maneras básicamente, imitando, observo lo que pasa en la sociedad, en la familia; pero también, desde el punto de vista psicológico, está el condicionamiento operante, mantener conductas en función del refuerzo o castigo que se obtiene.

Aquí vamos a dar unos pequeños ejemplos de un personaje que está pensando o viendo qué bien le va al señor de arriba teniendo tanto dinero y dice «¿cómo lo hace?», como dice la canción. Bueno, pues, hay rumores de que eso no está tan bien y dice: «oye, pero si a este señor no le ha pasado nada y todo le está yendo muy bien, ¿por qué no también yo podría hacer algo parecido?».

No quisiera pensarlo, pero de repente un árbitro que ve que otro árbitro hace algo parecido y dice: «si le va tan bien a este árbitro, se compra casas en Miami, en España y tiene tremendo estudio de abogados, o tiene simplemente tremendas casas, ¿por qué no?». Se advierte, claramente, que una persona al observar que alguien roba o él mismo roba y no hay castigo, sino que lo disfruta; se puede generar un condicionamiento operante y esa persona podría realizar la misma conducta.

Entonces, la corrupción es un fenómeno social que tiene diversas aristas y no solamente estamos hablando desde el punto de vista legal, sino que también hay un punto de vista psicológico, sociológico, filosófico, entre otros. Entonces, estamos viendo que es algo más complejo.

Pepi Patrón, nuestra actual Vicerrectora, ha señalado anteriormente en *Ética, lucha contra la corrupción y el desarrollo*:

Es hora de abordar la corrupción no como un problema pasajero y de unos pocos personajes [...] sino como un problema estructural, sistémico.

Esto es algo que trasciende, no solamente el asunto de lo que es el arbitraje; el Poder Judicial, las instituciones, sino que va más allá.

La corrupción es como un cáncer, no hace distinción de diferencias sociales, económicas, tendencias políticas, culturales, étnicas. Podemos ver Brasil, Venezuela, lo que está pasando en Perú y en otros países. Es un comportamiento aprendido, reforzado por el entorno, por lo que ocurre en nuestra sociedad. Es un problema sistémico, como les he mencionado; y, por lo tanto, es un fenómeno social complejo que requiere una solución articulada e integral.

Entonces, ¿qué ha hecho, qué hace y qué va a hacer el centro de arbitraje nuestro ante esta situación? Nosotros, desde el primer día que el centro operó, hemos tenido la ética como bandera. Creo que más de uno podrá decir que nuestro actuar siempre ha tenido esta luz, nuestras distintas actividades como estos foros y desempeños en nuestros arbitrajes, demuestran un compromiso con la ética; sin embargo, todo lo que se ve en el país nos ha llevado a una nueva reflexión. Si bien tenemos actividades frecuentes, estos foros, este tipo de congresos —ya estamos en el undécimo—, es necesario que estas actividades se articulen; la respuesta tiene que ser una más compleja, porque el problema —como les indico— es complejo.

Es así que desde el año pasado y desde hace algún tiempo más, venimos reflexionando y construyendo el Sistema de Gestión Ética de Arbitraje, que ha cambiado la mirada al abordar estos problemas de ética. Lo que hemos hecho hasta ahora, por todo lo que se está viendo, lo consideramos ahora insuficiente. Esta experiencia que hemos tenido de quince años la estamos concretando en un Sistema de Gestión Ética de Arbitraje; y, obviamente, lo que queremos, tal como se menciona ahí, es tener un conjunto articulado de acciones institucionales que promueven, reconocen y monitorean conductas para garantizar el abordaje adecuado y eficaz de problemas/dilemas éticos que pudieran presentarse en la gestión de arbitrajes.

Éste es nuestro Sistema de Gestión Ética de Arbitraje, y yo voy a explicar un poco cada punto que tenemos aquí. Hay procesos estratégicos que nosotros —con el ISO 9001— hemos obtenido. Estos procesos son lineamientos que nos dirigen hacia nuestros objetivos. Hasta el momento, hemos tenido tareas que están ahí en la pantalla: planeamiento institucional, revisión por la dirección, y medición de análisis y mejora; pero, consideramos que dadas estas circunstancias, debe haber un nuevo pilar que nos lleve adelante, que nos oriente. Es este Sistema de Gestión Ética de Arbitraje, donde todos estos grupos de interés van a tener que estar rodeados de este sistema, y ¿de quién estamos hablando? De los usuarios del servicio, de las autoridades de nuestro propio centro, del personal, de los árbitros y de la sociedad en general. Tenemos que llegar también a la sociedad y esto, a través de nuestros reglamentos y, en especial, de nuestro código de ética.

Este Sistema de Gestión Ética de Arbitraje, a la vez tiene sistemas para la gestión ética que alumbran a lo que son los usuarios del servicio y los demás grupos de interés. Estamos hablando de la gestión de información y de la gestión de conocimiento. Y, ¿por qué decimos esto? Porque parte del problema tiene que ver con que la información no ha salido a la luz. Estos grupos que tenemos acá no han tenido la información, no la han compartido o no la han querido compartir. No hay un manejo claro de la información y eso lo vemos claramente en lo que se refiere a los arbitrajes *ad-hoc*. Yo no sé si alguien me podría decir, por ejemplo, cuántos arbitrajes *ad-hoc* ha tenido el Estado y quiénes son sus árbitros, en general. No lo podemos decir. Es más, nosotros cuando el Congreso nos pidió información, señalamos claramente cuáles eran todos los arbitrajes de los que nos estaban pidiendo información; y, obviamente, esto llegó a la mesa; sin embargo, estoy segura de que el Congreso no pudo mandar una comunicación a ningún árbitro, porque tal vez no conocía quiénes eran los que veían estos arbitrajes *ad-hoc*.

Entonces, había un mal manejo de información y creo necesario que ahora nosotros como Centro tomemos esto y comencemos a entre-

gar a la sociedad, en general, el arbitraje en cifras, las designaciones de los árbitros y la conformación de los tribunales arbitrales.

La universidad ha hecho muchísimo esfuerzo hasta el momento, ha firmado un pacto de integridad con el OSCE anteriormente y les dimos toda la información; nosotros cumplimos con dar toda la información. Lamentablemente, no sé si hay alguien aquí del OSCE, yo no sé qué fue lo que pasó con esta información; es más, últimamente me han dicho que están volviendo a pedir los laudos; nos los han vuelto a pedir también a nosotros y nosotros estamos también cumpliendo con darlos. Entonces, vemos que esta información, lamentablemente, no se ha canalizado; pues ya no es suficiente.

Tenemos que dar información porque ésta genera transparencia, acceso a la información y evita esos rumores que los escuchamos en los pasillos y también en el Congreso. Yo he estado la semana antepasada en el Congreso y he escuchado nuevamente a los congresistas, al igual que a los congresistas del año pasado, que decían que el arbitraje es un «club de amigos».

Es un tema crítico, al parecer hay una distorsión, y aquí me voy a permitir hacer un paréntesis para decir; por ejemplo, hablando de nuestro centro, ¿cuántos arbitrajes hemos tenido el año pasado? Tenemos acá 350 arbitrajes que han ingresado en el 2016, de los cuales solamente hemos designado noventicuatro veces; es decir, de cada cuatro solamente hay una designación por parte del centro, un 26%. Pero, algo más, cuando hemos designado, no sé si ustedes lo podrán ver, hay setentitres designaciones a un solo árbitro; hay veinte designaciones dos veces a los árbitros y un árbitro que ha sido designado tres veces. Y estoy segura de que esta designación de tres veces a un sólo árbitro, ha sido hecha por alguna razón en particular; tal vez el mismo contrato, etcétera.

Entonces, a veces se crean mitos porque, efectivamente, falta información. Creo necesario que ustedes como personas que acuden a

nuestro foro, tengan conocimiento de este tema y lo compartan con otras personas, para que cuando les mencionen que existe este «club de amigos», al menos en la Universidad Católica, no existe ese «club de amigos».

También queremos mencionarles que vamos a tener mayores actividades como, por ejemplo, poner en conocimiento nuestras normas éticas y hacer documentos donde se adhieren a ellas nuestro personal, nuestras autoridades, nuestros árbitros y todo aquél que trabaja con nosotros. Vamos a hacer también talleres de reconocimiento de dilemas éticos; creemos que definitivamente todos estos años que venimos trabajando, más de quince años que venimos trabajando en estos temas; podemos dar estas charlas; talleres, no solamente con nuestro personal, sino también con los árbitros que así lo quieran. Estamos dispuestos a atender consultas y denuncias relacionadas al Código de Ética; queremos tener diálogos con los grupos de interés, tener incidencia pública y tener una opinión institucional, así como ahora también se la hemos dado al Congreso de la República, por ejemplo. Esos conversatorios, los eventos que vamos a seguir teniendo, van a tratar este tema porque lo consideramos esencial.

Solamente quiero terminar tomando las palabras del juez Sergio Moro, quien vino a Lima para hablar, precisamente, de los costos de la corrupción en obras, y dice: «Los costos de la corrupción son grandes. Primero, porque la corrupción hace que el costo de las obras sea mucho mayor. —Miren qué daño para el país— Segundo, porque la corrupción hace que las autoridades tomen decisiones para generar más sobornos [...] —lo que hablamos del entorno también y, especialmente, lo que creo que es terrible— afecta mucho la confianza de la ciudadanía en la democracia —por eso es que vivimos, tal vez, en una anomia—. Esa misma democracia que nos dice que todos somos iguales ante la ley. La corrupción distorsiona esa mirada».

No queremos más titulares como éstos: «El factor de corrupción es el arbitraje». Nuestro desafío actualmente es brindar garantías para enfrentar adecuadamente esos problemas éticos y también combatir la corrupción.

Gracias.

**BUENAS PRÁCTICAS EN LA ELABORACIÓN  
DE LOS LAUDOS ARBITRALES**

*Rodolfo Miranda Miranda\**

Buenas noches, muchas gracias a todos ustedes por estar acá y gracias al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por tan gentil invitación para acompañarlos a hablar de este tema tan simpático sobre buenas prácticas en la redacción de laudos arbitrales.

En realidad, voy a hablar un poco de fondo y un poco de forma. No hay una forma unívoca de emitir un laudo, tengo un borrador de artículo y, a partir de ahí, han salido algunas ideas que yo he leído y que he podido practicar las veces que yo he podido laudar, las veces que yo podía participar en distintos arbitrajes.

Yo empezaría por lo siguiente, así como una pirámide de Kelsen, yo diría que, para efectos de tener un buen laudo, deberíamos analizar primero la pirámide de validez de cualquier proceso arbitral porque, evidentemente, el primer deber de los árbitros es que el laudo final sea válido y ejecutable. Ustedes saben que el árbitro al final es un prestador de servicios y, como prestador de servicios que es, el árbitro tiene que

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster por la Universidad de Nueva York, asociado de Amprimo & Flury Abogados, árbitro y representante de ICC YAF para Latinoamérica.

generar el producto para el cual ha sido contratado, que es un laudo que sea válido y ejecutable; de lo contrario, no tendría sentido que las partes hayan ido a un arbitraje.

Esta cita dice:

El producto final de un arbitraje es un laudo final ejecutable. La posibilidad de ejecutar un laudo es la razón de todo el proceso arbitral. Con la finalidad de emitir un laudo válido y ejecutable, el árbitro debe seguir las siguientes obligaciones: seguir los requisitos formales aplicables; actuar de conformidad al acuerdo de las partes o a la *lex arbitri*; y observar los requisitos mandatorios de las reglas aplicables o de la *lex arbitri*.

Bueno, volviendo al tema éste de la pirámide, que está muy relacionado al tema de la validez del laudo, yo diría que el primer examen que debe hacer un tribunal en esta pirámide es el siguiente: la base de esta pirámide es la arbitrabilidad; la arbitrabilidad subjetiva y la arbitrabilidad objetiva. Si queremos hacer un *checklist* de qué cosas debemos tener para obtener un laudo, primero y segundo, bueno, yo empezaría por el tema de la arbitrabilidad objetiva y subjetiva.

En el segundo piso de esta pirámide, le agregaría la cobertura. ¿A qué me refiero con cobertura? Me refiero a que la disputa sometida al tribunal esté en el marco del convenio arbitral cuando estamos hablando de arbitraje de derecho privado o de derecho público, donde la jurisdicción del tribunal nace de un convenio o la cobertura viene de la ley, cuando estamos hablando de materia de contrataciones del Estado y hay un convenio arbitral que se incorpora, inclusive, ante ausencia de pacto.

El tercer escalón de estos cuatro de la famosa pirámide de la que estoy conversando con ustedes, es el de la congruencia. Entonces, tenemos que analizar si las pretensiones fueron pedidas, no fueron pedidas; y, ya saben todos ustedes, los *extra petita*, *infra petita*, *citra petita*, y evitar

todos los famosos «*petitas*», a fin de no tener un laudo incongruente que pueda ser sometido a anulación.

Finalmente, el cuarto piso de esta pirámide, yo creo que es, evidentemente, el debido proceso, enunciado como causal de anulación bajo el artículo 63, cuando dice que el laudo es nulo porque las partes no pudieron presentar su caso.

Entonces, para prevenir la elaboración de laudos nulos, primero tenemos que ver las actuaciones arbitrales y, luego, la redacción de los laudos.

Y, en las actuaciones arbitrales, ya yendo más a un tema no de validez, sino de recomendación de buenas prácticas, quiero hacer mención a la famosa «audiencia de fijación de puntos controvertidos». Lamentablemente, hemos heredado una costumbre muy judicial, que es colocar los puntos controvertidos como si fueran una reformulación, en el sentido condicional, de las pretensiones de la demanda; entonces, ponemos «punto controvertido número uno, determinar si corresponde el pago de la indemnización», señores, eso no es un punto controvertido. El origen de esta audiencia de puntos controvertidos en sede judicial es, justamente, ver los hechos o los temas jurídicos que aduce «A» y que niega «B», porque en base a eso, vamos a hacer lo que se llama en doctrina procesal «el tema de prueba».

Entonces, yo diría que si queremos hablar de buenas prácticas en la redacción de laudos, me voy un poquito atrás y yo diría, al momento de hacer los puntos controvertidos sea en una audiencia, en una resolución o en un acta; lo que sea, lo importante es que los árbitros hayan hecho una chamba previa de determinar si existen divergencias en las posiciones de las partes y, es más, yo daría un paso más; yo haría una lista de puntos no controvertidos y una lista de puntos controvertidos, y eso les va a hacer, estimados amigos, la tarea mucho más fácil para la elaboración del laudo, porque ustedes ya tendrán, y si están firmadas

por las partes, mejor; ya tendrán elementos suficientes para decir «en este hecho, no necesito ni siquiera actuar una pericia, no necesito ni siquiera actuar un documento, porque «A» y «B» están de acuerdo en que el 5 de septiembre «A» remitió una carta notarial a «B»; los efectos de la carta notarial serán disputados; eso sí, pero el hecho de la carta no.

Bueno, los árbitros deben buscar no caer dentro de las causales de los artículos «tal y tal»; o sea, violación del debido proceso; tengan mucho cuidado en arbitrar conforme a los reglamentos porque, en realidad, es una causal que es distinta a la del debido proceso.

Primero está la causal del debido proceso, creo que está en el b); y en el c) dice: «arbitrar en contra de los reglamentos o de la ley aplicable», lo cual quiere decir, si lo llevamos a un extremo, que alguien podría cuestionar nuestro laudo, inclusive cuando no lo haya dejado en una situación de indefensión, simplemente por el hecho de que no fue conforme a la normativa, ojo con eso para no generar una causal de anulación. Y cuidado con el famoso *due process paranoia*, que es la paranoia del debido proceso, que es lo opuesto, que es, en realidad, cuando los árbitros actúan o contemplativamente o con mucho miedo, y se van al otro extremo, con mucho miedo de que pidan la anulación del laudo y ¿qué hacen?, que es más o menos lo que explicó Cecilia, permiten conductas obstruccionistas, justamente para decir: «le voy a dar un plazo adicional a la parte, para que no me cuestione la validez del laudo», «voy a reprogramar la audiencia por cuarta vez, para que no diga que no pudo presentar su caso». Tampoco hay que irnos a ese extremo.

Bueno, eso ya lo expliqué con el tema de la pirámide, el tema de la existencia del convenio arbitral, la arbitrabilidad objetiva, subjetiva, la materia del arbitraje, el tema de la congruencia; el tema de la motivación es superimportante y acá está una autoridad en el tema de la motivación, Ricardo, que tiene una tesis al respecto.

Como sabemos todos, en realidad, es muy difícil anular un laudo por defecto de motivación, pero si quieren una definición rápida de motivación, es que se pueda seguir el razonamiento del árbitro y que tenga un íter lógico, técnico, jurídico, fáctico y probatorio —repito— técnico, jurídico, fáctico y probatorio, que no es simplemente la mera enunciación de las normas, sino es que se pueda realmente seguir el razonamiento del tribunal en esa base, a fin de que este laudo no sea nulo, porque si está muy mal motivado, puede devenir en causal de nulidad, no basta una motivación insuficiente, sino que tiene que ser una motivación realmente muy mal hecha.

Bueno, ya para terminar en un ratito, ésta es una lista de temas que un laudo debería abarcar. En primer lugar, la determinación subjetiva, la jurisdicción subjetiva es por las partes; objetiva es en cuanto a la *litis*, que la *litis* caiga dentro del convenio arbitral. La arbitrabilidad que ya le expliqué. La identificación del alcance del laudo es, básicamente, el tema de congruencia y el tema de la modificación de pretensiones. Recordemos que en el derecho arbitral, la modificación de pretensiones es un poco más flexible que en el proceso judicial. Un detalle de la actuación de las partes, y ahí quiero detenerme un ratito, respetuosamente, cuando te dicen que un lado debe tener el detalle de la actuación de las partes; yo les digo, por favor, está bien una lista de los hechos procesales o de los actos procesales principales como que «el día tal se interpuso la demanda con tales pretensiones»; «el día tal se celebró la audiencia de saneamiento». OK, pero, por favor, hacer una lista de todos los actos procesales como «el día tal se pagó el honorario arbitral», «el día tal el demandante pidió la reprogramación de la audiencia», eso es absolutamente innecesario y genera cansancio en el lector del laudo.

Otro tema de forma, antes de entrar a algunas preguntas de fondo que yo creo que debería hacerse un árbitro al expedir un laudo, yo diría y creo que eso se lo escuché a Fernando Cantuarias en algún momento, y me parece una idea interesante que la he aplicado. Es un resumen de la

controversia, es bonito. Además de que el laudo sea válido, nos interesa que nuestros laudos sean bonitos, obviamente.

Entonces, para hacer un laudo bonito, simpático de leer, lo que yo trato de hacer es, en primer lugar, poner un resumen de la controversia, en una o dos páginas pongo los hechos principales; los no disputados evidentemente, de ahí pongo los hechos disputados en dos párrafos, y pongo las posiciones de las partes en dos párrafos más. Entonces, tienes un cuento de laudo, una especie de «oye, entramos al bosque antes de entrar a los árboles», es una especie de buena carta de presentación del laudo. De ahí, los actos procesales y, de ahí, la parte considerativa.

Yo creo que hay dos opciones en la parte considerativa. Podemos hacer pretensión por pretensión o lo dividimos en grandes temas porque, por ejemplo, puede haber muchos temas que se repiten en pretensiones. Entonces, si tenemos, por ejemplo, dos o tres pretensiones vinculadas a la responsabilidad civil; entonces, hagamos un acápite que diga «daño», otro que diga «antijuridicidad», otro que diga «incumplimiento» y otro que diga «cuantía». A partir de ahí, ya el razonamiento que viene para resolver las pretensiones, cae en cascada.

Bueno, volvamos al tema de fondo, estábamos hablando de los detalles de las actuaciones de las partes, identificación de los puntos controvertidos y resolución de los puntos controvertidos. Y ya para terminar, porque ésta es mi última lámina, simplemente, yo me hacía algunas preguntas sobre qué tipo de preguntas me haría yo para decir si un laudo está bien motivado o mal motivado. Es, simplemente, una lista referencial, por favor, no se lo tomen al pie de la letra.

En primer lugar, tenemos que cuestionarnos qué está pidiendo la parte. En segundo lugar, yo diría cuáles son los elementos de la pretensión que solicita la parte; justo lo que hablaba Franz, el tema de la naturaleza jurídica. Todo remedio legal tiene elementos, la responsabilidad civil tiene cuatro elementos: daño, antijuridicidad, relación de cau-

salidad y factor de atribución. Entonces, hago una lista, después paso a lo siguiente, paso a analizar cada uno de los elementos jurídicos que conforman este remedio, esto que solicitan las partes; en consecuencia, empiezo a analizar si hay daño, si hay antijuridicidad, si hay incumplimiento; pero uno por uno, después de esta explicación teórica. Después me preguntaría si están en disputa los hechos de la parte pretendiente o, a lo mejor no están en disputa, y ahí viene el tema de la lista de puntos no controvertidos.

Y si están en disputa, nos preguntamos ¿quién tiene la carga de la prueba?, ¿la tiene «A» o la tiene «B»? ¿hay inversión de la carga de la prueba o no? Entonces, después de ver quién tiene la carga de la prueba, nos preguntamos: ¿la persona, el sujeto que tiene la carga de la prueba, cumplió con acreditar el hecho que le corresponde?

De ahí pasamos al otro tema, porque, así como hay carga de la prueba también hay factores que disminuyen la responsabilidad; por ejemplo, yo puedo tener como demandante una demanda por daños y yo pruebo el daño, pero mi contraparte tiene otra carga de la prueba, la culpa concurrente, la mitigación de daños y ese tipo de temas.

Entonces, vamos analizando lo que Domingo Rivarola en un artículo llama «las cargas dinámicas de la prueba»; yo pruebo una cosa, a él le corresponde contra probar otra, y así sucesivamente.

Si la norma que cita está vigente; si la norma o principio jurídico realmente es aplicable al caso; si existen elementos en contra del pretendiente que ameriten que su pedido, que en principio podría ser fundado, sea morigerado o reducido, ahí me estoy refiriendo, por ejemplo, a la culpa concurrente o a la mitigación de daños en materia de responsabilidad civil; y si existe jurisprudencia aplicable.

Por supuesto, estimados amigos, que podrían haber muchísimas más preguntas que uno podría hacerse al momento de elaborar un lau-

do. Ésta es una lista, meramente enunciativa, de preguntas que yo me haría al momento de redactar un laudo.

Y, finalmente, ya les expliqué algunos temas de estilo hablando de motivación, y un tema muy grave que he visto en algunos laudos, lamentablemente, muchos en contratación pública y, posiblemente, me atrevería a decirlo, por qué no, en referencia a la exposición de Silvia, muchos laudos vinculados a la corrupción. Me refiero la aplicación del artículo 1332 del Código Civil, que nos dice que cuando el daño está probado, pero la cuantía no, corresponde al juez/árbitro, determinar la indemnización con criterio equitativo.

Lamentablemente, he visto laudos vergonzosos donde, simplemente, hacen unas citas doctrinarias de qué significa este artículo; citan el artículo y dicen: «oye, diez millones de soles». ¿Por qué? Porque lo dice el artículo 1332. Estimados amigos, si justamente estamos hablando de motivación; entonces, un típico ejemplo de mala motivación es la forma como muchos tribunales aplican esta norma. O sea, creen que por aplicar esta norma, ya no tengo que probar nada; creen que por aplicar esta norma, puedo decir en dos o tres líneas que adjudico un millón, dos millones, tres millones. Eso es una perversión.

Gracias.

#### PREGUNTAS DEL PÚBLICO

**Primera pregunta:** Existe preocupación por los arbitrajes de Odebrecht tramitados en centros de arbitraje. ¿El centro tramitó casos en los que Odebrecht fue parte? ¿Cuál fue el tratamiento del tema?

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Bueno, esto no lo mencioné en mi exposición. El Centro de Arbitraje de la Universidad Católica sólo ha tenido dos casos. Uno en el año 2005, que fue tramitado de manera

normal y laudado, llegó al Poder Judicial y ahí tuvo su tratamiento como corresponde a esta autoridad. El segundo caso llegó en el año 2014. En este caso nosotros, por diversas circunstancias nos inhibimos, y entiendo que este caso fue derivado al OSCE. Bueno, más allá de eso, obviamente, no podemos indicar. Esta información también se la hemos brindado al Congreso de la República con todos los detalles que esta autoridad nos ha pedido. Entonces, en la práctica hemos tenido un caso tramitado y un caso en el que nosotros como centro nos inhibimos.

**Segunda pregunta:** ¿Qué papel juegan los códigos de ética en el sistema de gestión presentado?

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Bueno, nosotros tenemos ahí nuestro Código de Ética; somos abogados creo que la mayoría, y sabemos que en los códigos no está todo, sino, creo que tampoco habría problemas ni arbitrales ni judiciales, si todo estuviera en las normas. Los códigos son insuficientes, en realidad, siempre necesitamos reflexionar; nosotros como centro y como universidad, lo que vamos a hacer es reflexionar primero con nuestro propio personal, con los secretarios arbitrales que nos acompañan y con los árbitros que así lo quieran, que nos lo pidan y nosotros, obviamente, queremos trabajar con ellos.

¿Por qué? Porque queremos ver los dilemas éticos que enfrentan los secretarios arbitrales y los árbitros, y también de repente conversar sobre si existen esos dilemas éticos, también nos hemos dado cuenta de que a veces los profesionales no saben que tienen ese problema ético en las manos, les parece de repente normal por lo mismo que mencionábamos del entorno; es usual, es normal que pase eso. Para eso estamos, precisamente, todos para conversar; las charlas, los eventos que vamos a tener, nuestros propios talleres internos, nos van a ayudar a dilucidar estas dudas.

Sabemos que a veces no hay conciencia en el reconocimiento de este problema; pero, precisamente, para eso estamos todos, para ayudarnos y poder salir de repente de esta crisis que estamos viviendo.

**Tercera pregunta:** ¿Qué normas de la ley de arbitraje son de cumplimiento imperativo? ¿Aquéllas que no tengan la frase «salvo acuerdo en contrario»?

**Franz Kundmüller Caminiti:** La ley de arbitraje es muy clara en el sentido de establecer un orden de prelación; y, justamente, la vinculación con el tema de la autonomía, está plasmada en determinadas disposiciones como la que establece la prevalencia del convenio arbitral, de modo que si los árbitros tenemos que tomar alguna decisión respecto de los alcances del convenio o respecto de temas propiamente arbitrales, la ley de arbitraje peruana, que sería la ley aplicable a los arbitrajes que se llevan a cabo en el Perú, es la que dispone que el convenio prevalece, el acuerdo de voluntad de las partes, número uno; y, en defecto, a falta de regla en el convenio, se aplica la ley de arbitraje. Pero, la ley de arbitraje peruana va un poquito más allá y dice que cuando hay un vacío en la ley de arbitraje, se aplican los usos y costumbres arbitrales, no se aplica el Código Procesal Civil, no porque no nos guste el Código Procesal Civil, sino porque los usos y costumbres arbitrales obedecen a estándares universalmente aceptados.

Toda esta estructura conceptual obedece a lo que el derecho internacional público y la doctrina autorizada en derecho internacional público denomina como «teoría jurisdiccional del arbitraje», que es muy diferente a la «teoría criolla jurisdiccional del arbitraje» que hemos bautizado en el Perú, a partir de creer que los árbitros somos jueces; eso no es así. En el derecho internacional, la teoría jurisdiccional lo que establece es que siempre hay un arbitraje localizado en una jurisdicción; y, por ende, eso determina que haya una ley aplicable.

La discusión no se ha cerrado ahí porque, frente a este concepto de la teoría jurisdiccional que defendía el profesor Frederick Mann, que es el autor de la teoría jurisdiccional y no el legislador de la Constituyente de 1979 peruano, frente a esta concepción del profesor Mann, a quien hay que descartar, tenemos otras teorías como la teoría deslocalizada,

que es la que surge a partir de un análisis del concepto jurídico del Ciadi, que lo que explica es que el arbitraje en Ciadi está radicado en un tratado internacional y no en un territorio; y, por ende, la teoría jurisdiccional no alcanza para explicar qué cosa es un arbitraje.

Entonces, no nos olvidemos, hay un orden de prelación muy claro. En principio, la autonomía de la voluntad, lo que está plasmado en el convenio es lo que manda; segundo, si no está claro el convenio, se aplica la ley; y, tercero, si la ley tiene algún vacío, se aplican los usos y costumbres, que ya es un tema de los especialistas.

**Cuarta pregunta:** ¿Se puede analizar una pretensión accesoria como principal, una pretensión accesoria como subordinada, una subordinada como principal, etcétera, tomando en consideración que ha habido un error al momento de fijar los puntos controvertidos copiando las pretensiones?

**Rodolfo Miranda Miranda:** A mi juicio, la respuesta en ese caso es que sí; que sí se podría analizar, por un principio de economía; y, sobre todo, porque la congruencia —recordemos— va de la mano del debido proceso; y, en realidad, la congruencia responde al debido proceso. Justamente, un laudo es incongruente porque no me he podido defender, porque contra mí pidieron 100, pero me condenaron por 120. Entonces, yo me defendí por 100, no por 120.

Entonces, si al final las pretensiones están bien planteadas en la demanda o en la reconvención; pero, al momento de copiarlas en la famosa audiencia o acta de puntos controvertidos hubo un error procesal, nosotros podríamos decir perfectamente que la contraparte sí pudo bien defenderse de las pretensiones porque estaban bien presentadas en la demanda. De manera que, al no haber afectación al derecho de defensa, yo diría que sí es válido corregir eso al final del laudo.

**Quinta pregunta:** Para efectos prácticos, ¿cuál debería ser la consecuencia de la parte que tenga un comportamiento obstruccionista en el arbitraje?

**Cecilia O'Neill de la Fuente:** Para mí la respuesta es bien simple: hay que ser firme. O sea, avanzar no más, tomar decisiones y esas decisiones enviadas por el tribunal van a mandar un mensaje. Entonces, ser firme diría yo, y si hay un árbitro un poco lento, pues ahí empujar no más.

**Sexta pregunta:** ¿Qué pasa cuando una de las partes acude al Poder Judicial para solicitar la nulidad del convenio arbitral y se ampara una excepción de convenio arbitral; no obstante, ¿la parte contraria apela y luego acude a casación?; ¿en ese escenario debo esperar que todas las instancias terminen para activar el arbitraje?; ¿procede activar el arbitraje antes?

**Cecilia O'Neill de la Fuente:** La ley de arbitraje dice que a discreción el tribunal puede suspender las actuaciones en ese caso, en el caso de la excepción; o sea, las actuaciones, la emisión de laudo, mientras esté en trámite la excepción de convenio arbitral. Parecería lo más saludable para no crear contradicciones, pero creo que la solución más tajante debería ser una modificación del Código Procesal, en mi opinión.

**Séptima pregunta:** ¿Puede suceder o ha sucedido que el tribunal administrativo resuelva sobre una sanción cuando hay en curso un arbitraje y qué sucedería en este caso?

**María del Carmen Tovar Gil:** No debería suceder, pero puede suceder y ha sucedido. De hecho, puede suceder en distintas circunstancias. ¿Qué hay que hacer en ese caso? La verdad es que depende de cómo haya sido. Por ejemplo, en un caso del que tengo conocimiento, se llegó a dictar una sanción en primera instancia. En ese momento que se llegó a dictar una sanción en primera instancia porque el tribunal

administrativo no había tomado conocimiento de la existencia del arbitraje; entonces, en el caso que conozco ya no podía suspender porque ya había dictado la sanción, ahí sí cabía una medida cautelar otorgada por el tribunal para que suspenda; pero, estaba apelado hacia la segunda instancia.

Más complicado sería si es que hubiera pasado la segunda instancia ya, porque ya tendrías un tema de resolución definitiva administrativa, en la cual, en realidad, es más difícil hacer valer una medida cautelar. No digo que no se pueda, pero va a ser más difícil. Además, la parte que está interesada haría mal si es que no impugna y se va en una acción contencioso-administrativa porque el riesgo es bastante alto.

Ha sucedido también en otro caso que yo vi, que no tomó conocimiento el tribunal a tiempo y dictó su resolución; pero, en ese caso lo que hizo fue absolver. Entonces, no hubo mayor consecuencia.

No debería suceder, porque existe el mecanismo de la ley para evitarlo, pero puede suceder y, cuando sucede, podría ser una de las situaciones que justifican la medida cautelar.

**Octava pregunta:** ¿Un tribunal arbitral debe respetar el pronunciamiento emitido por el tribunal de contrataciones? Por ejemplo, el Tribunal de Contrataciones del Estado determina que la resolución de un contrato de una de las partes está consentida; y, por tanto, no corresponde una sanción, no obstante, en el arbitraje se determina que no lo está, situación por la falta de medios probatorios por parte de la entidad.

**María del Carmen Tovar Gil:** En realidad, lo que pasa es que el tema es al revés, no es que el tribunal arbitral tiene que modificar sus resoluciones por el Tribunal de Contrataciones; el Tribunal de Contrataciones tiene que suspender su actuación para esperar el resultado del tribunal arbitral. Entonces, no es al tribunal arbitral al que le toca

observar una resolución administrativa, sino es al revés. Puede darse que haya esta falta de coordinación y que el tribunal administrativo haya resuelto; pero, eso no va a condicionar, en mi opinión, al tribunal arbitral.

**Novena pregunta:** ¿El tribunal arbitral puede ordenar al Tribunal de Contrataciones que suspenda un proceso sancionador; ¿por ejemplo, cuando se ha declarado nulo un contrato por presentación de documentación falsa o inexacta?

**María del Carmen Tovar Gil:** Lo que hemos dicho es que lo normal va a ser que no haga falta la medida cautelar, sino que ante el conocimiento del arbitraje por parte del tribunal administrativo, éste suspenda. Si lo que está siendo materia de discusión en el tribunal es una anulación, una nulidad del contrato por un tema vinculado a información falsa o inexacta, creo que lo prudente es que el Tribunal de Contrataciones suspenda. ¿Por qué? Porque el meollo de la cuestión puede estar vinculado o parece estar vinculado a ese tema de la documentación falsa.

Pero, ojo que suspender no significa que cuando termine el arbitraje y haya un laudo, no vaya a retomar el tribunal administrativo su competencia para analizar la sanción. Entonces, esperará a ver lo que ha hecho el tribunal arbitral y lo tomará en consideración para efectos de determinar si hay o no una sanción y, dependiendo del caso, no necesariamente un resultado en un sentido o en el otro, va a llegar a la conclusión el tribunal, de repente el contrato fue válido, pero el tribunal dice «sí, el contrato fue válido, pero igual persiste la idea de que hubo información falsa», va a depender del caso específico. Pero, yo creo que lo prudente es que espere a que termine el caso arbitral y es razonable una medida cautelar de suspensión del proceso en esas circunstancias.



## MESA 5: ÉTICA Y CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE

*Eric Franco Regjo*

*Katherine González Arrocha*

*Mario Castillo Freyre*

*Walter Albán Peralta*

### ARBITRABILIDAD DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON PRÁCTICAS DE CORRUPCIÓN

*Eric Franco Regjo*\*

Buenas tardes con todos. Quiero agradecer al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, a Marlene y a Silvia por la invitación tan cordial. Es un gusto para mí y un honor compartir esta mesa con tan distinguido panel, y estar de vuelta en mi alma máter.

El tema que me ha tocado sobre arbitrabilidad y efectos de la corrupción en los contratos cuando son sometidos a arbitraje, es un tema sumamente complejo y controversial. He tratado de tener las ideas lo más claras posibles; pero, la verdad, es que tengo muchas ideas que espero poder exponer de una manera más o menos ordenada, y estoy seguro de que mucha gente va a estar de acuerdo o en desacuerdo con lo que voy a decir. Así que va a ser una oportunidad para fomentar el diálogo, y creo que es un diálogo muy necesario porque es un tema que

---

\* Abogado, árbitro y profesor universitario. Es máster en derecho de la construcción y resolución de conflictos por el *King's College London*. Trabaja como gerente legal de Engie.

no se discute mucho en detalle, sino que se suele discutir en términos generales y lo que necesitamos es entrar un poco en detalle para poder ver cómo afrontar situaciones complicadas que se van a presentar de todas maneras.

No cabe duda de que la corrupción es un fenómeno, son actos de corrupción, son hechos que están condenados internacionalmente y hay un consenso sobre no permitir que el derecho ampare la corrupción y, menos aún, que el arbitraje se preste para convalidar actos de corrupción de ninguna manera.

Hay un preconcepto equivocado cuando se piensa que la corrupción sólo se da en el ámbito público; la corrupción también se da en el ámbito privado y una diferencia importante, por ejemplo, es que en el ámbito privado no está tipificada como delito; en cambio, en el ámbito público, hay varios delitos relacionados con eso. Pero, definitivamente la corrupción también se da en el ámbito privado, es un problema del ámbito privado y encontramos instrumentos internacionales como, por ejemplo, las reglas CCI anticorrupción que no distinguen entre corrupción en el ámbito público o privado, sino simplemente condenan la corrupción; y así, una serie de instrumentos internacionales que han ido extendiendo el concepto de corrupción al ámbito privado.

Asimismo, el desarrollo de los efectos legales de la corrupción. Por ejemplo, en el Reino Unido vienen desde los años cuarenta y se empezaron a desarrollar en el ámbito privado. Es interesante que haya casos del Reino Unido que estén relacionados con corrupción en el ámbito privado.

Bien, dicho eso, empecemos un poco a hablar de la corrupción en los contratos. La doctrina internacional distingue entre dos tipos de contratos relacionados con corrupción, los contratos para corromper y los contratos teñidos de corrupción. Entonces, los contratos para corromper son aquellos contratos, por ejemplo, típicamente de consulto-

ría o de agencia, en los cuales se contrata un consultor para que ayude a conseguir un negocio en un país y se sabe que parte de eso que se le va a pagar, va a ir para pagar coimas. Ésos son contratos cuya finalidad es darle un revestimiento legal a la canalización de una coima. Eso no es novedad, el Perú no es el único país donde pasan estas cosas, ha pasado en todo el mundo, al punto que hay amplia bibliografía sobre el tema.

Hay consenso internacional en el sentido de que estos contratos son nulos y de que el derecho no debe ampararlos. Se relaciona la nulidad de estos contratos con la finalidad ilícita o que son contrarios al orden público; y, sobre esos contratos, la verdad, no hay mucho que decir. Tenemos ejemplos en el Perú, a lo mejor, como los casos de Orellana u otros casos donde se usan para canalizar coimas o para esconder actividades ilícitas, la consecuencia sería la misma.

Sin embargo, los casos más complicados de tratar son aquéllos que están teñidos de corrupción, son los que no son para corromper, si no son en los cuales, por ejemplo, se ha pagado una coima para obtener el contrato o, durante la ejecución, se ha pagado una coima para obtener una ampliación de plazo o un adicional. Ésos son los más complicados y ¿por qué? Vamos a desarrollar un poco la discusión que hay al respecto.

A nivel internacional es interesante la bibliografía que se ha producido en el contexto de la CCI, que viene desde el año 2012, por lo menos, he encontrado bibliografía, momentos importantes en el 2012, 2013 y 2015. Ha habido foros organizados por la CCI, especialmente, sobre corrupción y se han producido artículos que son el resultado de estos foros. En particular encontramos, por ejemplo, los del 2015 o 2013, en los que hay un consenso que dice que en los casos de contratos teñidos de corrupción, el contrato debe ser considerado anulable y no nulo, a diferencia de los contratos para corromper, que son nulos.

La distinción viene porque si fuera nulo, podría ser pedido por el corruptor también; en cambio, al ser anulable, depende de que sea pedi-

do por la víctima, y lo que se señala es que a veces a la víctima le puede convenir que se termine la obra, por ejemplo, que se termine de ejecutar el contrato. Si fuera nulo de pleno derecho, podrías estar castigando a la víctima; o sea, ya está en un problema y lo haces tener un problema peor. Entonces, por eso se dice que son anulables.

En adición a que sea anulable, también hay consenso sobre la responsabilidad por daños y perjuicios, y lo interesante acá es que los daños y perjuicios no solamente se trata de daño emergente, que es la diferencia, por ejemplo, entre el valor de mercado y el valor pagado, sino que viene acompañado de un daño moral. Es interesante que acá también podamos empezar a discutir sobre la responsabilidad por daño moral en casos de corrupción.

Si bien éste es el aparente consenso internacional que he encontrado, estoy seguro de que se ha escrito muchísimo más. A nivel local, la reacción mayoritaria que he encontrado, es que estos contratos teñidos de corrupción son nulos, y el argumento que se usa para decir que son nulos, es generalmente que se trata de contratos con fin ilícito o que son contratos que infringen el orden público. Veamos. Sin embargo, cuando empezamos a analizar un poquito más, vamos a encontrar que esta posición puede tener algunas inconsistencias o algunas atingencias a tener en cuenta, y de arranque nos damos cuenta de que esta posición, aparentemente mayoritaria, está reñida con el aparente consenso internacional. Acá decimos nulidad, afuera dicen anulabilidad.

Veamos. Nulidad por fin ilícito. Estamos en el caso de una entidad que contrata una obra y, en sí, el fin del acto jurídico no es un fin ilícito, es una obra; y ¿contrario al orden público? Bueno, la obra no es contraria al orden público, lo que hay es un acto que es contra el orden público, pero el contrato en sí, no es contra el orden público.

Dejemos de lado, por un momento, toda la complicación que nos da estar en el ámbito de la ley de contrataciones del Estado o estar en el

contexto de APPs. Vamos a ver un contrato civil; en un contrato civil una empresa privada que contrata con un contratista para hacer una obra; por ejemplo, un edificio, ese contrato no tiene ni fin ilícito, ni es contra el orden público, aunque eso es controversial, porque estoy seguro de que muchos pensarán que sí lo tiene, de acuerdo; pero hay, creo yo, bastantes argumentos para decir que el fin no es ilícito, ni es contrario al orden público.

Quienes sostienen que el fin es ilícito o que es contrario al orden público, distinguen entre el objeto general o abstracto y el objeto específico. Entonces, se distingue entre el «¿para qué contrataste?» del «¿por qué contrataste?». Entonces, construir una obra no es ilícito ni contra el orden público, pero ¿para qué contrataste esa obra en especial?, ¿esas personas tenían una intención delictiva, una intención ilícita? Entonces, ahí es cuando está la tentación de decir que está teñido de finalidad ilícita o que es contrario al orden público. En fin, ésa es una posición.

Otra posición; es decir, que no estamos en el ámbito de la nulidad. Vamos a analizar si estamos en el ámbito de la anulabilidad y, como sabemos, la nulidad y la anulabilidad están reguladas por causales taxativas. Revisando las causales de anulabilidad, probablemente la que calce mejor es la del dolo. El dolo tiene dos formas de manifestarse, una es como dolo causal; es decir, te han engañado de tal manera que si no hubiera habido el engaño, no hubieras contratado y, en ese caso, el acto es anulable; y otro es el dolo incidental, en el cual te han engañado y si no hubiera habido el engaño, igual hubieras contratado, pero hubieras contratado en otras condiciones, probablemente, más barato o con diferentes especificaciones, en otras condiciones, sencillamente.

Bueno, el Código Civil nos dice que para el dolo incidental, el remedio son los daños y perjuicios, no es la anulabilidad. En el caso de contratos, por ejemplo, de obra, la regla general es que aun cuando podría haber contratado a menor precio con otra persona o con especificaciones distintas, si las bases, por ejemplo, no hubiesen estado

dirigidas, igual iba a contratar la obra. Entonces, el dolo, por lo general, es incidental.

Ahora, ¿cuándo se da el dolo causal? Cuando me han hecho construir una obra que no necesitaba, por ejemplo, cuando has construido un elefante blanco. En esos casos, sí podría haber un dolo causal.

La consecuencia es importante, porque en una tienes anulación y, en la otra, tienes solamente daños y perjuicios. Entonces, por ahí dirán que es anulable y hay otra gente que dirá que como el dolo es incidental, solamente corresponden daños y perjuicios. Pero, un nivel más abajo, implica decir que hay un incumplimiento contractual y que corresponde resolución y para decir que hay resolución, tendrías que tener una cláusula anticorrupción o una declaración de no corrupción que has incumplido que, por tanto, te pueden alegar que hay un incumplimiento contractual, o se puede armar un argumento diciendo que, en virtud del principio de buena fe, se considera que hay una obligación implícita de no corromper, la cual ha sido incumplida; y, por tanto, hay un incumplimiento contractual de una obligación implícita.

El problema que hay con este tema de la obligación implícita es que sería un supuesto incumplimiento ocurrido al momento formativo del contrato, no durante la ejecución y la resolución funciona para incumplimiento durante la ejecución; entonces, ahí hay un problema. Se puede asimilar que la obligación implícita es la declaración, como si fuera una cláusula anticorrupción implícita, y la cláusula anticorrupción te lleva a la resolución, entonces, podrías decir que lo implícito es la cláusula anticorrupción, algo equivalente a eso. Si logras armar ese argumento y te dan la razón, podrías tener la resolución por ese lado.

Bueno, eso sería si estamos en el ámbito civil. Si nos vamos al ámbito de la ley de contrataciones del Estado, tenemos la regulación de la nulidad de oficio, regulada en la ley de contrataciones del Estado en el artículo 44 f) y en el artículo 115.4 del reglamento. Se requiere

sentencia penal para que se declare la nulidad de oficio o una confesión, según el 122.3 del reglamento, y ahora se exige que haya una declaración jurada en las ofertas, diciendo que no se ha incurrido en actos de corrupción, según el 31.1 del reglamento.

Si no se va por nulidad de oficio, se va por resolución por la cláusula anticorrupción, el 116.4; y, en cualquiera de los dos, hay daños y perjuicios. Es interesante que por un lado la ley regule nulidad de oficio; y, por otro lado, señale que la consecuencia de incumplir la cláusula anticorrupción, es la resolución. Son dos remedios aparentemente incompatibles, pero están en la norma, habría que ver cómo conversan estos dos.

Bueno, si estamos en un contrato de APP, acá un tema también que es común en contrataciones públicas, es si estamos ante la nulidad del acto administrativo mediante el cual se otorgó la buena pro, o si estamos ante la nulidad del contrato en sí. Se distingue entre uno y otro; la nulidad de uno no necesariamente acarrea la nulidad del otro. No hay consenso sobre si el contrato que se celebra en virtud de un proceso de selección en el contexto de APPs o de la ley de contrataciones, el contrato en sí, es un acto administrativo o un acto jurídico; y, por tanto, se aplica primero nulidad de acto administrativo y, supletoriamente, el Código Civil; o si nos vamos de frente a las normas del Código Civil ante el silencio en el contrato.

En cuanto a APPs, también tenemos nulidad de oficio. Si nos vamos por el lado del acto administrativo, en virtud de la ley del procedimiento administrativo general, tenemos que el acto vinculado a un acto nulo, también es nulo por el artículo 12.1 de la ley; la causal de nulidad sería acto constitutivo de delito o que se deriva del mismo, que es el 10.4 de la ley del procedimiento administrativo general. Se requiere sentencia firme y se pueden cobrar los daños en caso las prestaciones ya hayan sido ejecutadas; y, por tanto, no sean reversibles a la situación inicial.

Si nos vamos por la resolución, encontramos que los contratos de concesión tienen cláusula de resolución, tienen declaraciones anticorrupción y van a tener ahora cláusula anticorrupción. Nos iríamos ahí por incumplimiento contractual y vemos que en muchos casos se va, efectivamente, por incumplimiento contractual y no por nulidad de oficio.

Bueno, dicho todo lo anterior, llego a la conclusión. Hicimos la explicación de las consecuencias jurídicas que puede tener a nivel contractual la corrupción, tanto en contratos para corromper, como teñidos por corrupción; y eso se enlaza con el tema del que me pidieron hablar, que es si las pretensiones en casos de contratos teñidos de corrupción o para corromper, son arbitrables o no. La conclusión es que las pretensiones se traducen en pedidos concretos que pueden ser nulidad, anulabilidad, resolución, daños. En cualquiera de esos casos son materias arbitrales y por la separabilidad del convenio arbitral, 41.2 de la ley de arbitraje, se puede arbitrar, aun cuando el contrato en el cual está contenida la cláusula, sea nulo. Ésa es la conclusión.

Como dato es importante saber que ha habido una evolución a nivel internacional sobre esta posición, que es que en los años sesenta hubo un laudo muy famoso, relacionado con un contrato de representación, a través del cual se habían realizado coimas para el gobierno argentino y un árbitro muy famoso se declaró incompetente para conocer el caso. Esa posición se ha relativizado con los años y ha ganado espacio la separabilidad del convenio arbitral, lo cual ha reforzado que en estos casos los tribunales sí son competentes.

Muchas gracias.

**TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE:  
EXPERIENCIA ICC**

*Katherine González Arrocha\**

Sin duda, el tema del que les voy a hablar y del que hablamos en este panel es un tema que desarrolla muchas pasiones y un tema de mucha actualidad; de mucha actualidad porque escuchamos mucho acerca de la transparencia y de la corrupción en el mundo actualmente y a distintos niveles, no sólo en el tema arbitral. Por dicha, yo les voy a hablar sólo del tema arbitral y les voy a hablar desde una perspectiva muy específica, que es la perspectiva institucional, la perspectiva de la ICC, de la Cámara de Comercio Internacional, a través de su Corte Internacional de Arbitraje.

Bueno, ¿por qué se habla tanto de este tema en materia arbitral? Porque lo que se persigue a través de la búsqueda de la transparencia es una mayor eficiencia en los procedimientos arbitrales; y es importante resaltar aquí que cuando hablamos de transparencia en materia arbitral, tenemos que distinguir entre transparencia y confidencialidad. ¿Por qué? Porque al hablar de confidencialidad, generalmente lo relacionamos siempre con una característica esencial del arbitraje, del arbitraje comercial, porque se dice que una de las ventajas del arbitraje comercial es que es confidencial; y, por lo tanto, por eso muchas partes recurren a ese sistema. Esto es relativo también, porque esa confidencialidad, en el reglamento de la CCI, por ejemplo, se pacta y, algunas veces, puede que los casos no sean confidenciales si las partes así lo deciden.

---

\* Directora para América Latina y el Caribe de la Corte Internacional de Arbitraje —CCI—, abogada por la Universidad Santa María La Antigua de Panamá con postgrado en arbitraje y métodos alternos de solución de conflictos por la Universidad de la Sorbona París II; árbitro y consultora independiente, es autora de varios artículos y ha dictado cursos y seminarios en distintas partes del mundo.

En el caso de arbitrajes de inversión, arbitrajes que involucran Estados, esa confidencialidad ya es relativa y los casos pasan a ser públicos muchas veces, dependiendo de si se basan en un tratado bilateral de inversión o en un contrato de inversión y depende de los acuerdos de las partes.

Entonces, es importante tener en cuenta esta distinción. ¿Por qué? Porque el hecho de buscar una mayor transparencia, no implica necesariamente violar esa confidencialidad que las partes pueden pactar. La institución, la CCI busca siempre respetar esa confidencialidad si las partes la han pactado, pero garantizando una transparencia dentro del sistema mismo y respeto a la voluntad de las partes.

Quisiera, para presentarles este tema, en primer lugar y muy rápidamente, presentarles unas estadísticas para que entiendan cuál es el estado actual y la evolución del arbitraje en el mundo, según las estadísticas de la CCI; para luego entrar más en detalle acerca de estas nuevas políticas que ha ido desarrollando la ICC y que son bastante recientes, porque han ido desarrollándose desde el año pasado, culminando este año con la publicación de un nuevo reglamento, con modificaciones al reglamento, que datan de marzo del 2017, por lo tanto, son muy recientes.

Entonces, vemos en esta gráfica que la Corte, desde su creación en 1923, ha manejado más de 22,000 casos. Actualmente, trabajan en el manejo de estos casos en esta institución, más de ochenta abogados y personal administrativo. Tenemos diez equipos, siete equipos en París, uno en Nueva York, uno en Hong Kong y uno en Brasil, que acabamos de abrir por la cantidad de arbitrajes, el aumento que ha habido de arbitrajes de la CCI en este país. Y, a través de estos distintos equipos, que representan distintas regiones del mundo, se manejan más de veinticinco idiomas; los arbitrajes pueden ser presentados en cualquier idioma ante la ICC y pueden ser manejados en cualquier sede de arbitraje del mundo, teniendo las partes la libertad de escoger la ley aplicable. Cada

año, la CCI confirma a más de 1,300 árbitros, provenientes de más de setenta jurisdicciones distintas.

Esta gráfica refleja los casos. Entre los nuevos casos del año 2016, tenemos 966 casos presentados, ustedes ven que la gráfica es creciente desde los años sesenta. En el 2016, tuvimos unos 479 laudos proferidos de 106 distintas ciudades y partes de más de 137 países representados. Entre los países que presentan más número de demandas o partes que presenten más número de demandas ante la ICC, vemos que en primer lugar están los Estados Unidos; y ocupa un lugar especial en esta gráfica desde hace ya más de cinco años, Brasil, que ocupa el sexto lugar con relación a este ranking mundial.

Volviendo, entonces, al tema de las políticas que ha establecido la Corte recientemente, de transparencia que, como les decía, buscan garantizar una mayor eficiencia en los arbitrajes, respetando, como les decía, esa confidencialidad cuando las partes así lo requieren; pero buscando siempre generar una mayor confianza en el sistema y analizando también qué es lo que se ha hecho a través de estos últimos años, las críticas que se han hecho al sistema, a través de toda la experiencia de la Corte a lo largo de estos años de administración de los casos, trabajar directamente en las fallas, cuando las ha habido y reunirse a través de estos distintos comités que se forman en distintas partes del mundo, para llegar a consensos acerca de cuáles son las mejores soluciones a aportar para garantizar esa mayor transparencia y esa mayor confianza en el sistema mismo.

Los ejes principales en los cuales se ha trabajado en estos últimos años han sido los que les señalo acá y que voy a resumirles, con respecto al nombramiento de los árbitros, a los arbitrajes que involucran partes estatales, al manejo de los plazos dentro del arbitraje y también en cuanto a una mayor transparencia en lo que respecta a las decisiones que toma la misma institución arbitral, la ICC.

Con respecto a los nombramientos de los árbitros, se han emitido distintas notas y las partes tienen acceso a estas notas, ustedes pueden entrar al sitio web de la ICC, de la Corte, y ahí van a tener acceso a todas estas notas que datan de enero del año pasado. Hay una en específico que trata de este tema y que va dirigida al Comité Nacional de la CCI (la CCI tiene más de 190 comités en distintos países) y, cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre un árbitro, la Corte puede remitirse a ese comité, según la nacionalidad del árbitro que esté buscando, para requerir el nombre de uno o varios árbitros; propuestas, para que la Corte decida a quién se va a designar. Entonces, para garantizar una mayor transparencia en este tema, se crea esta nota en la cual se le requiere a estos comités nacionales crear comisiones específicas de nombramiento, que van a ser rotativas, tienen que ser un mínimo de tres miembros y tienen que dar a conocer quiénes son esos miembros dentro de su propio comité nacional; no pueden designarse ellos mismos, no pueden proponer a sus familiares ni a personas que trabajen en su propia firma de abogados.

Son reglas, como verán, muy precisas, que buscan también fomentar una mayor diversidad y, cuando me refiero a diversidad, no sólo me refiero a la diversidad de género, sino también a diversidad geográfica, diversidad de nacionalidades, diversidad en cuanto a la edad, se busca que no sean siempre las mismas personas de un mismo rango de edad, sino que sea realmente por meritocracia y por la experiencia que tienen las personas.

Otra de las prácticas que también dio mucho de qué hablar y que es reciente, porque es de junio del año pasado, es que se están publicando los nombres de todos los árbitros que están actuando en la CCI en el sitio web; ahí también ustedes pueden entrar en el sitio web y lo verán, aquí ven cómo se presenta, por supuesto no están colgados los nombres de las partes, pero sí pueden ver el nombre del árbitro, y esto es muy importante para que las partes puedan determinar a quién eligen. Esto no es una lista restrictiva, la cual implica que las partes tienen

que designar árbitros; es lo contrario, es para darle información a las partes de quiénes están actuando y que puedan verificar, por ejemplo, si un árbitro está actuando en varios casos a la vez, la disponibilidad de ese árbitro y pueden ver otros criterios como nacionalidad y aspectos generales del caso.

Para garantizar la neutralidad de los árbitros, su imparcialidad e independencia, ésta es una regla que siempre ha existido en la ICC y lo que se ha buscado es darle una mayor credibilidad frente a las partes, como siempre el principio, según el propio reglamento de la CCI, es que el análisis que debe hacer el árbitro es, como lo dice el propio reglamento, desde el punto de vista de las partes, *in the eyes of the parties*; es decir, que el análisis al momento de llenar esta declaración de independencia, de imparcialidad, es un análisis subjetivo y que debe ser siempre, no desde el punto de vista del árbitro, de lo que él piensa de si puede ser independiente o imparcial, sino que su obligación es ponerse en el lugar de las partes; y, en ese momento, considerar si esas partes pueden cuestionarse acerca de su independencia o imparcialidad. Entonces, ven lo lejos que va este análisis para que el árbitro tenga que revelar cualquier situación que pueda poner en duda su independencia o imparcialidad. El principio que rige es siempre que frente a una duda, el árbitro debe revelar; éste es el principio de la ICC, si usted se está haciendo la pregunta, revele.

Otra de las novedades es que se incluye la disponibilidad, que no existía anteriormente, esto es reciente, se obliga a los árbitros que indiquen, y aquí ven ustedes el formulario que deben llenar ante la ICC, donde ellos confirman que tienen el tiempo suficiente, según el reglamento, para manejar el caso y, además de ello, se les obliga a que indiquen en los próximos veinticuatro meses, cuántos casos van a estar manejando, cuántas audiencias van a tener. Es decir, la información es muy precisa, no sólo en cuanto al número de casos que han manejado en el pasado, sino que están manejando en estos momentos, y proyectándose un poco al futuro, con la finalidad de ver si van a realmente

tener el tiempo para manejar este caso, que es otra de las críticas que se les ha hecho, en general, a árbitros en algunos ámbitos del arbitraje internacional.

En lo que respecta al nombramiento de árbitros de la ICC, es importante tener en cuenta, por eso quería mostrarles esta gráfica, que la gran mayoría de los árbitros, un 60%, proviene de nombramientos de las partes porque se le permite a las partes designar sus propios árbitros; y sólo el 19% son nombrados por la Corte a través de las sugerencias del Comité Nacional, que les mencionaba; y 13% nombrados por los coárbitros para designar al presidente.

Otra de las políticas que busca garantizar mayor eficiencia con relación al trabajo de los árbitros, se refiere a la reducción de los honorarios y esto está también especificado en una de las nuevas notas de la Corte. ¿Cuándo se aplica? Los árbitros, según reglamento de la ICC, tienen una obligación ahora y éste es un nuevo plazo también, tienen tres meses a partir de que se declare el cierre del caso, de la instrucción; tienen tres meses para presentar el laudo ante la secretaría de la Corte, porque recordemos que, según el reglamento de la CCI, la secretaría de la Corte y la Corte deben analizar este laudo antes de que sea notificado a las partes y hacen un análisis en cuanto al fondo y en cuanto a la forma. Si los árbitros no cumplen con este plazo, van a tener una reducción de sus honorarios y esto dependerá del tiempo que demoran en someter el laudo a la secretaría, si tardan más de seis meses o más de diez meses, van viendo que la reducción de sus honorarios puede ser considerable.

De igual forma, esto se aplica también a la misma institución. El presidente actual de la Corte está muy consciente de que también esto puede generar retraso, el tiempo que puede demorar la secretaría en analizar el caso y, por lo tanto, hay también reglas en este sentido, para reducir los gastos administrativos de la ICC.

Como les decía, otro de los ejes principales en los cuales ha trabajado la Corte en buscar esta mayor transparencia, es el relativo a los arbitrajes que involucran partes estatales o entidades estatales. Aquí hubo un grupo de trabajo que se creó hace ya varios años en la Comisión de Arbitraje de la ICC, que tiene más de setecientos miembros y que culminó publicando este reporte, al cual ustedes tienen acceso, para los que quieren tener más información detallada, donde, pues, se llevaron a cabo ciertos estudios y esto llevó también a la modificación del reglamento en cuanto a ciertos aspectos, por ejemplo, en lo que respecta al nombramiento de árbitros. Cuando una parte, dice el reglamento ahora en su artículo 13.3, es un Estado o una entidad estatal, el nombramiento de árbitro puede ser directo por la ICC, cuando la parte así lo solicita. ¿Por qué? Para garantizar esa mayor neutralidad, si el Estado no se siente seguro de que se vaya a pasar por un comité nacional, por este comité de nombramiento que les mencionaba, y prefiere que el nombramiento se haga de otra forma, entonces, se puede obviar; es el principio.

Ya para finalizar, en los tres minutos que me quedan, las modificaciones al reglamento en vigor a partir del 1 de marzo de 2017, se resumen en las siguientes. Hay un reglamento específico para procedimiento abreviado, para disputas de menos de dos millones de dólares; este reglamento que tiene plazos más cortos y menores costos también para las partes.

Hay una enmienda importante también en el reglamento, en cuanto a que se permite que la Corte dé las motivaciones de sus decisiones con respecto a todo lo que concierne al nombramiento de los árbitros, las recusaciones, la falta de confirmación. Todos estos aspectos, ahora, van a ser motivados y publicados para conocimiento de las partes.

El plazo del Acta de Misión, que es un elemento fundamental del reglamento de la CCI, se reduce; antes era dos meses, ahora se reduce a un mes.

Bueno, para concluir, como les decía anteriormente, lo que se pretende a través de esto, por supuesto, es que la conducción de los procesos sea realizada con mayor eficiencia, mayor transparencia, pero siempre buscando preservar la esencia del mismo sistema arbitral y las ventajas de ese sistema, como les decía, la confidencialidad, si las partes así lo pactan, o la rapidez, si las partes así lo desean o la especialidad en el nombramiento de los árbitros. Lo importante es que tras el análisis de todos estos años, lo que ha concluido la CCI es que realmente la responsabilidad tiene que ser compartida para lograr el éxito de este sistema arbitral; debe ser una responsabilidad compartida entre los árbitros, las partes y la institución misma, para que pueda realmente funcionar.

Muchas gracias.

**ALCANCES Y LÍMITES ENTRE LA TRANSPARENCIA  
Y LA CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE**

*Mario Castillo Freyre\**

Un saludo al centro de arbitraje, a los queridos y estimados colegas que nos acompañan en la mesa y al público.

Cuando el centro de arbitraje de la universidad me pidió abordar el tema de los alcances y límites entre la transparencia y la confidencialidad en el arbitraje, acepté con algún temor, dado que los alcances y

---

\* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socio del estudio que lleva su nombre, árbitro y docente universitario. Asimismo, es profesor principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, director de la *Biblioteca de Arbitraje* y de la *Biblioteca de Derecho* de su estudio y autor de numerosos artículos académicos y libros.

límites entre la transparencia y la confidencialidad representan materia muy delicada y de difícil tratamiento.

Intentaré en los siguientes minutos proporcionar un esbozo preliminar del mismo. No voy a ahondar en lo que respecta a la transparencia, a sus alcances y al propio deber de declaración de los árbitros, ya que constituyen materias hartamente exploradas en la doctrina y eventos de arbitraje.

¿Qué información sobre el arbitraje puede ser revelada a terceros?

En el entendido de que nos encontremos en presencia de un arbitraje que se rija por las reglas de la confidencialidad, resulta importante analizar qué aspectos del mismo pueden ser revelados a terceras personas, tanto por los árbitros como por las partes y sus representantes legales y asesores.

Esta materia debería ser tratada con cuidado, ya que, en principio, las partes pueden emplear la información obtenida en el proceso, si es que ella resulta de relevancia para la defensa de sus propios intereses con respecto a la parte contraria, en cualquier procedimiento de orden arbitral, judicial o administrativo, en tanto aquello que se invoque sea lo absolutamente esencial para la defensa del propio derecho y que tal invocación no perturbe el normal desarrollo del proceso arbitral.

Es evidente que la confidencialidad no debería primar sobre la propia defensa de los derechos con respecto a la contraparte en el marco de un mismo conflicto de intereses. A mi modo de ver, queda claro que la información obtenida en un proceso arbitral, no podrá ser empleada por las partes en asuntos ajenos a ese propio conflicto de interés inter partes y a las aristas que, naturalmente, el mismo pueda generar.

Con respecto a terceros, la confidencialidad debe regir de manera casi absoluta, con la mera excepción de la información básica que re-

sulte necesario revelar en determinadas circunstancias. Se me viene a la mente el caso concreto de los árbitros o abogados que participan en un determinado proceso arbitral, cuando tienen que hacer su declaración en otro proceso en el que participan en calidad de árbitros. Esta revelación deberá limitarse a informar acerca de la existencia del proceso, con la indicación del punto de conexión; vale decir, de si coincide alguna de las partes o si coincide alguno de los abogados o estudios que ejercen la defensa de alguna de ellas, o alguno de los árbitros miembros del tribunal.

La situación ideal es aquélla en la cual los procesos sobre los cuales hay que hacer alguna revelación, están numerados por la institución que los administra. Así, por ejemplo, se podrá declarar en otro caso que el árbitro nombrado, también es árbitro en el proceso arbitral «número tal», que se sigue en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y que —aquí viene el punto de conexión— en ambos procesos el árbitro ha sido designado por la misma parte o por el mismo estudio de abogados patrocinante. En estos supuestos, la información proporcionada será mínima, ya que el número del caso podrá identificar a una de las partes, si correspondiera hacerlo; pero, incluso, podrán guardar absoluto anonimato sobre ellas, en caso de que lo que hubiere que declarar fuere una materia distinta a la identidad de las partes.

El asunto se complica cuando los datos a revelar sean relativos a un proceso arbitral *ad-hoc*, situación en la cual, al revelar la información que se tenga que dar en otro proceso, el árbitro de ese otro proceso tendrá dos caminos a seguir, los dos a mi juicio válidos. El primero de ellos consistirá en hacer simple referencia a un proceso arbitral *ad-hoc* y luego detallar el punto de conexión. El segundo camino consiste en hacer alusión al proceso arbitral *ad-hoc*, pero también indicar cuáles son las partes en conflicto para, posteriormente, referirse al punto de conexión. En este último caso, si bien se están revelando los nombres de las partes en conflicto en el arbitraje, tal información se pone en conocimiento para situar mejor a las partes. Estimo que en estos casos no se viola deber de confidencialidad alguno.

También debemos pronunciarnos sobre el caso en el cual el tribunal arbitral recibe algún requerimiento de otro tribunal arbitral para proporcionar información acerca del proceso en curso. En estos casos, el tribunal arbitral deberá limitarse a proporcionar información básica, es decir, a afirmar o negar la existencia del proceso en curso, a proporcionar la identidad de las partes y, si se le solicita, a indicar cuándo se inició el proceso. Toda información adicional violaría la confidencialidad del arbitraje, además de que la misma podrá ser conocida por el otro tribunal, es decir, por el que requiere la información, ya que las partes se la pueden proporcionar, sea *motu proprio* o a requerimiento del propio tribunal.

Similar sería el caso en el cual el tribunal arbitral recibe un requerimiento de un juzgado o tribunal de naturaleza civil, supuesto en el cual sus deberes de información se limitarán a brindar los datos antes mencionados, debiendo negarse a proporcionar cualquier otra información, si se hubiese requerido. Y la razón por la cual un tribunal arbitral puede mantener esta reserva y confidencialidad frente a un tribunal civil ordinario, es porque nos encontramos ante tribunales de la misma naturaleza, pero de jurisdicciones diferentes.

En cambio, distinto sería el caso en el cual el tribunal arbitral reciba algún requerimiento de información por parte del Ministerio Público o de algún juez penal en torno a alguna investigación o proceso en curso, respectivamente. Ahí, es evidente que los tribunales arbitrales están en la obligación de proporcionar toda la información solicitada, habida cuenta de que la confidencialidad del arbitraje no puede primar sobre la protestad que tienen los órganos del Estado para investigar y juzgar eventuales delitos.

¿Qué información puede ser aportada al arbitraje? En lo que se refiere a la información que resulte necesaria para dilucidar el caso, tanto documental como de medios probatorios, las partes tendrán la más absoluta libertad de acción, mientras ellas mismas no violen la confiden-

cialidad que deben tener con respecto a terceros ajenos al proceso, sea derivada de mandato legal o de sus relaciones contractuales. En ese sentido, las partes deben tener sumo cuidado de no emplear en el arbitraje información cuya disposición les esté vedada por las referidas fuentes de las obligaciones.

Éste es un tema, sin duda, muy complejo, sobre todo en lo que respecta a las exhibiciones de documentos ofrecidas como pruebas en aquellos casos en que, frente a la solicitud de exhibición, la contraparte alega la imposibilidad de hacerlo, derivada de la confidencialidad del documento cuya exhibición se solicita. En estos casos, polémicos por cierto, el tema tendrá que analizarse en detalle, tanto para constatar la existencia de tal confidencialidad, como también para verificar si procede el amparo o no del argumento relativo a que, más allá de la existencia o no de cualquier convenio de confidencialidad, nos encontremos frente a información cuyo contenido no sólo pertenece a la parte a la que se solicita exhibir, sino también a un tercero.

Otro de los aspectos importantes y que tiene que ver mucho con la ética profesional, es el relativo al deber de los abogados de parte de no emplear información proporcionada por los árbitros que hubieran podido obtener de tales personas en oportunidades anteriores, distintas al proceso y de manera confidencial. Fui testigo de un caso en el cual un estudio de abogados había solicitado y obtenido información personal de un abogado, en torno a determinados temas que iban a conducir a que ese profesional eventualmente elaborara un informe para un cliente de ese estudio. Meses después, ese mismo estudio de abogados utilizó dicha información contra ese profesional para recusarlo en el cargo de árbitro que ocupaba en otro proceso arbitral en el que la referida firma defendía a una de las partes. Práctica indecorosa, sin duda.

Todos estos aspectos de la confidencialidad en los arbitrajes no pueden ser desligados de la confidencialidad y del secreto profesional que rige para todos los abogados en virtud del código de ética respectivo,

no sólo en lo que atañe al vedado cruce de información reservada, sino en lo que se refiere a cualquier otra información que uno conozca en el ejercicio profesional con carácter reservado. Por el contrario, sí se puede emplear y cruzar cualquier información que sea o pueda ser de conocimiento público o general.

En suma, la transparencia y la confidencialidad en el arbitraje tienen puntos de contacto muy finos, relacionados con muchos otros aspectos de la vida y de la profesión. Con estas palabras, sólo he pretendido hacer una breve aproximación a tan importante tema. Queda seguirlo explorando.

Muchas gracias.

#### LAS DESIGNACIONES REITERADAS DE ÁRBITROS

*Walter Albán Peralta\**

Gracias y muy buenas noches. Gracias al centro de arbitraje y también un saludo a los colegas que me acompañan en la mesa. Yo no he preparado ninguna presentación en *Power Point* porque, como les advertí a mis colegas, más se tarda uno en instalarla y se termina el tiempo para exponer porque, en realidad, se trata de hacer estas presentaciones en un lapso que, como ustedes han visto, queda corto.

---

\* Abogado y magíster en derechos humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Director Ejecutivo de Proética, docente universitario y árbitro. Es miembro de la Corte de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, experto en derechos humanos, derecho de las personas y personas jurídicas, derecho constitucional, teoría del derecho y globalización del derecho. Autor de numerosas publicaciones y ponente a nivel nacional e internacional.

Los temas son, sin duda, muy importantes, muy relevantes y hay mucho que se puede decir alrededor de ellos, pero creo que, como han podido ustedes apreciar, se han señalado en cada uno de los aspectos que se han tratado antes, cuestiones que provocan diálogo, reflexión, repreguntas y, bueno, la idea es ésta, la idea de esta sesión. Además, antes de esta involuntaria interrupción, creo que no tenía el mismo pronóstico, pero ahora estoy seguro de que ésta es la mesa que ha concentrado la mayor atención de cada uno y cada una de los participantes del evento y, bueno, no creo casual que una amenaza de esa naturaleza tenga que ver justo cuando se va a abordar el tema de ética, corrupción y arbitraje. Dejo para la imaginación de cada quien lo que ustedes puedan colegir.

Precisamente, ahora se había previsto que participara, ya sea Gustavo Gorriti o alguno de los miembros de su equipo de periodistas de investigación, porque ellos difundieron, hicieron público un informe sobre arbitraje, referido, sobre todo, a la empresa Odebrecht, y parecía muy interesante que en un tema de esta naturaleza pudiéramos conocer de primera mano qué es lo que habían constatado en esa investigación y, de repente, ampliar un poquito lo que ya se difundió. Lamentablemente, no han asistido, no han podido estar aquí, hay una serie de cosas que se están produciendo me parece en Brasil, a propósito de la situación del Presidente Temer, que se teme que no dure mucho por las circunstancias que ya todos conocemos. Pero, me consta que el centro de arbitraje ha hecho el mejor esfuerzo para que pudiéramos, efectivamente, contar con esta participación.

Pero, por eso también pedí un poquito de excusa para señalar algunas cosas que ya no se van a poder decir en otro momento. El tema que a mí me toca, específicamente, es bastante más corto, pero me comprometo a hacerlo muy preciso, y quisiera de todas maneras decir otras.

Yo creo que éste es un contexto especial del país, y no tengo que explayarme mucho al respecto, sobre los problemas de corrupción en general que, como bien se señalaba al comienzo, lo dijo Eric, no tiene que ver sólo con el ámbito público, sino también con el ámbito privado,

y eso creo que todo lo que se ha venido difundiendo, estos escándalos que se han producido no sólo en el Perú, pero acá de manera importante, nos dejan muy clara esa vinculación. Y, por supuesto, interesa ver cuánto ha penetrado el mundo del arbitraje; y, lamentablemente, creo que habría que afirmar que no poco, por eso es que lamento la ausencia de la gente de IDL-Reporteros.

Pero, ha habido o se están produciendo en este momento, cuestiones muy importantes para tratar de recuperar la confianza en el arbitraje; defender una institución que ciertamente es muy útil y que ayuda a salir de una serie de problemas que, como conocemos, tienen la justicia tradicional o los tribunales ordinarios. Entonces, sí es importante que más allá de lo negativo de la experiencia que estamos atravesando en el país, como repito, se hayan producido, por ejemplo, avances cuando el Ejecutivo, con las facultades delegadas de los decretos legislativos, aprobó uno por el cual establecía que ahora sí los arbitrajes en los cuales participa el Estado, tienen que ser necesariamente institucionales y no arbitrajes *ad-hoc*, y esto, siguiendo un conjunto de elementos que llevan a la convicción de que ésa es la manera más garantizada o la mejor forma de que se puedan ventilar procesos de esta envergadura y de la dimensión que tienen en nuestro país.

Claro, se han tomado también algunas otras medidas en cuanto a contratación pública, que creo que van en la línea de, por lo menos, reducir los márgenes de corrupción. Pero cuidado, porque entonces esto no ha concluido. Sabemos lo que se está discutiendo en el Congreso en este momento. Por un lado, una norma que tiene como cuestión central, a nuestro juicio, el retroceso, porque lo que se ha hecho es aprobar en el Pleno una iniciativa, que nadie la conoció muy rápido porque se dio en esas típicas «ley ómnibus», «se modifica el artículo tal, para derogar tal, volver a la vigencia de aquél», pero no mencionaban de qué estaban hablando, y lo que estaban diciendo, en definitiva, es que se puede volver al arbitraje *ad-hoc* también en los arbitrajes en los que participa el Estado.

Esto, por una razón, digamos, menor, por un tema casi de fe de erratas, no había pasado, por lo menos hasta donde yo sé, la semana pasada, porque estuve de viaje y regresé esta semana, pero no había pasado al Ejecutivo todavía para la promulgación; pero, es una norma aprobada en el Pleno. Esto es un franco retroceso y están derogando lo que el Ejecutivo conscientemente había legislado en base a las facultades delegadas.

Lo segundo es que hay otro proyecto, como sabemos, que ya ése sí se sabía que estaba cocinándose una vez más, porque en el Congreso anterior había habido ya un proyecto para poner límites a las instituciones arbitrales respecto a los estándares que quieren establecer para hacer más riguroso el arbitraje y esto, por ejemplo, tiene que ver con, de alguna forma, imponer árbitros a los centros de arbitraje. Ese proyecto en el Congreso pasado quedó sin ser aprobado, por lo menos en el Pleno, no recuerdo a nivel de la Comisión de Justicia; pero, ahora la Comisión de Justicia lo está debatiendo y es un proyecto, digamos fortalecido, pero en el aspecto negativo, porque es un proyecto que establece en la parte relevante lo siguiente:

En ningún caso —dice uno de los artículos— cuando se trate de arbitraje institucional, será requisito encontrarse inscrito en la nómina de árbitros de la institución arbitral que administrará el arbitraje para poder desempeñarse como árbitro de parte, árbitro único o presidente de tribunal arbitral. Es nulo de pleno derecho toda disposición en contrario, incluidas las ratificaciones o confirmaciones por las instituciones arbitrales.

La Cámara de Comercio acaba de aprobar su reglamento, estableciendo la institución de las confirmaciones. De hecho, en el Centro de Arbitraje de la Católica se estaban tomando no exactamente las mismas medidas, pero otras parecidas, para también levantar la valla, la rigurosidad en esto. Ciertamente, este proyecto lo que busca es dejar sin herramientas a las instituciones arbitrales, para que puedan ser más exigentes, y llega al colmo de señalar también este mismo proyecto, lo siguiente:

Las universidades que constituyan centros de arbitraje [yo no sé si hay otra, aparte de la Católica, somos la única] los integrantes de dichos consejos superiores o cortes de arbitraje [por ejemplo, yo pertenezco a la Corte de Arbitraje de la Católica] adicionalmente, a los impedimentos del párrafo anterior, no podrán estar integrados por profesores de ninguna categoría de la misma universidad.

En otras palabras, el que les habla y tres profesores o cuatro más que estamos en la Corte, tendríamos que dejar la Corte de la Católica. Pienzan ustedes lo absurdo de la norma, que un centro de arbitraje creado por esta universidad tenga que buscar miembros de su Corte fuera de su planta de profesores. Esto ya es escandaloso, pero a este nivel estamos llegando en el Congreso y esto no puede pasar desapercibido y no puede dejar de ser compartido, y creo que es necesario reaccionar frente a lo que viene ocurriendo en el Congreso.

Bueno, yo creo también que cuando se habla del arbitraje con participación del Estado, hay que ser en esto, bastante reiterativo en el Perú, porque no es la misma realidad en otros lugares. A ver, el arbitraje se creó, se diseñó, para conflictos entre particulares; y, por tanto, dos principios centrales del arbitraje son el arbitraje voluntario, a nadie se le obliga, y lo otro, la confidencialidad. Pero, en el Perú, desde el año noventa y tantos, el Estado está obligado a ir al arbitraje, entonces, el primer principio de la voluntariedad se quiebra, porque no es que pueda escoger. Claro, dicen que puede ir a conciliación o a arbitraje, ¿quién que haya pasado por función pública va a creer que van a decir «vamos a conciliación»? y menos ahora con la Contraloría que tenemos, en cualquier momento se va preso. Entonces, todo el mundo va a arbitraje; o sea, que es obligatorio.

Pero, confidencialidad, ¡por Dios! ¿Por qué confidencialidad? ¿Por qué el Estado, que tiene que ir obligatoriamente, tiene que mantener un índice de confidencialidad como si tratara de un conflicto entre particulares? Aquí rige la Constitución del Estado y la Constitución dice que

todo lo que tiene que ver con el Estado es público, la información tiene que ser pública, y eso se desarrolla en las leyes de acceso y transparencia a la información, la confidencialidad debe ser la excepción y no como ahora, que sólo los laudos, y esto es, no todos los laudos porque no tenemos la certeza de que así ocurra, se informan a través del OSCE; o sea, el Organismo Supervisor de Contratación del Estado. Esto es muy grave y genera una grave distorsión esta confidencialidad. Hay oscurantismo; entonces, esto tiene que acabar.

Los estudios, que son dos los que yo sé que se han hecho, uno por la Contraloría hace algún tiempo y también el del Centro de Arbitraje de la Católica, sobre los arbitrajes, son estudios que no han podido ser completos, porque la información que maneja OSCE no es completa, a partir de los laudos y OSCE mismo dice que no tienen todos los laudos. Y, a partir de ahí; sin embargo, se establece que la mayoría de los arbitrajes son *ad-hoc*, no son institucionales; ésa es una de las razones por las que se ha recomendado; pero, cuando uno quiere investigar sobre el arbitraje *ad-hoc*, no hay a dónde acudir.

Hace poco, el diario *El Comercio* publicó un reporte en el cual decía que los arbitrajes de Odebrecht, que habrían favorecido a Odebrecht, habían sido resueltos por el Centro de Arbitraje de la Católica y por la Cámara de Comercio. Bueno, yo tuve la oportunidad de conversar con el reportero que hizo ese informe y tuvo que reconocer su error. Me dice «es que la información que teníamos, es la información que nos dio la comisión del Congreso que está investigando a Odebrecht». «Sí, pues, —le dije— pero esa comisión ha pedido informes, y los únicos que rinden informes son los centros de arbitraje, porque los que tienen arbitraje *ad-hoc* no han informado nada.

Entonces, ustedes no pueden, primero, decir o afirmar cosas que dan a entender a quienes no conocen mucho del arbitraje, que quienes resuelven los problemas del arbitraje son los centros de arbitraje, los centros de arbitraje prestan un servicio, son los árbitros y los tribunales

los que tienen que defender sus laudos. Pero, lo que es más grave, dan a entender que la mayor parte de los arbitrajes en este caso, han sido hechos institucionalmente, y no es así, han sido hechos *ad-hoc*, no institucionalmente.

Bueno, me han ofrecido una segunda parte del reportaje para completar esta información; pero, en tanto esto no ocurra, es bueno que la gente pueda comprometerse a difundir esto y a hacerlo más preciso a quien tenga interés en ello.

Hace poco, le pedimos desde Proética (Proética es el capítulo peruano de Transparencia Internacional); entonces, le hice una pregunta muy simple al MTC, a la Procuraduría del MTC, ¿quiénes han sido nombrados árbitros por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones o por cualquiera de las entidades vinculadas, entiéndase Provías, durante el período que va entre agosto del 2016 a la fecha? Mes y medio después llega un oficio diciendo que no nos pueden dar esa información porque no habíamos señalado el número de contrato o de los contratos sobre la base de los cuales se nombraron a los árbitros y que no llevan un registro de los árbitros, sino de los contratos. ¡Por Dios! Si nombran a los árbitros y tienen que rendir cuenta de cómo funcionan los árbitros, ¿cómo es posible que no haya un registro de árbitros?

Cuando apelamos el asunto, no querían recibir el escrito en la mesa de partes. Tuve que llamar a la Secretaría General del Ministerio, y para colmo de influir en el ánimo de cualquier persona, escucho una grabación que dice «Somos transparentes, todos somos transparentes». Cuando me contestaron por fin, les dije «hagan valer lo que están señalando en la propaganda, porque no es posible que ni siquiera reciban la apelación para que nos puedan informar». Bueno, debo reconocer que rectificaron, bajaron a recibir el escrito; pero, han pasado ya cerca de dos meses y todavía no recibimos nada.

Ése es el nivel de oscurantismo con el que se maneja el tema de los arbitraje en los cuales participa el Estado que, como digo, es el gran dinamizador del campo del arbitraje en este momento en el país, y eso creo que todos lo podemos constatar.

Bueno, me han pasado ya el aviso y no me queda casi nada de tiempo. Entonces, para que no digan que me fui sin hablar del tema, yo diría que el tema de la designación reiterada, y eso, perdón, al centro de arbitraje, le decía a Silvia que me dieron un tema un poquito aburrido, los otros temas son un poco más simpáticos. Entonces, por eso, yo he querido hablar un poquito más de otras cosas; pero, yo diría que la designación reiterada se ve o a veces se percibe con ligereza como que eso en sí mismo está mal, y creo que no es así, eso es más bien una mala imagen por la manera en cómo a veces se aborda el asunto. En rigor, en realidades como la nuestra, el nombramiento o designación reiterada que se hace de árbitros, debe ser examinado en función de otros criterios, y es ahí donde uno puede encontrar base fundada para decir que eso pone en cuestión la imparcialidad o la independencia de los árbitros.

Ese examen tiene que ser hecho, entonces, de manera más prolija, y lo que hace es fortalecer, más bien, las tendencias que, como hemos podido apreciar, son éstas, que la declaración de los árbitros tiene que ser muy completa; o sea, la revelación tiene que ser muy completa, y que ese criterio que creo que ahora ya está asumido, no es qué es lo que el árbitro cree que debe revelar, sino aquello que aun cuando piense que no corresponde, a un tercero le puede parecer que sí es importante revelar. Entonces, ante la duda, la revelación; siempre prima ese principio.

Entonces, una vez que se tiene una buena y completa revelación, eso permite a las partes que se pueda establecer, entonces, si acaso lo que se pueda calificar como una designación reiterada, constituye elemento suficiente para que, efectivamente, el árbitro tenga que apartarse de ese proceso. La evaluación, entonces, tiene que ser integral y, como me

parece que también ha sido señalado acá, tiene que ser caso por caso, porque hay una situación que obliga a mirar de qué estamos hablando; y, sobre todo cuando hablamos de arbitraje con el Estado, no es lo mismo el Ministerio de Transportes o Provías, que tienen alrededor de 400 casos al año, que otras entidades que tienen una decena de casos o menos; entonces, evidentemente, a la luz de eso tendrá que ser juzgado, y a partir de ahí también, cuándo es que resulta o no excesiva una designación reiterada.

Creo que aquí se ha tomado a veces como referente, y está bien que así sea, pero todos sabemos que las Reglas de la IBA son un referente, pero no se aplican tal cual, porque hay que ver, y eso lo dicen los propios principios de la propia declaración de introducción de las Reglas, que esto tiene que adecuarse a cada realidad en función de los reglamentos y normas que están regulando el arbitraje en cada lado. Entonces, claro, en este caso, por ejemplo, se establece que son, me parece, dos o más arbitrajes en tres años, a eso se considera reiterado; pero, lo ponen en reglas ámbar o naranja. Eso quiere decir que si la parte que se siente desconfiada de la imparcialidad, objeta, habrá que hacerle caso; entonces, podría ser recusado el árbitro que ha sido nombrado más de dos veces.

Yo creo que eso en nuestro medio sería excesivo, porque acá hay muchos más arbitrajes, pero no hay tanto árbitro y, sobre todo, árbitro idóneo, y con «idóneo» no sólo me refiero a la calificación profesional, sino también a la ética. Entonces, es posible que más bien sea al revés; la reiteración puede ser una garantía de un árbitro que tenga probada integridad y una trayectoria que lo pone fuera de todo cuestionamiento. En ese sentido, sí me parece que los centros de arbitraje deberían hacer algún tipo de especificación sobre criterios más precisos. Creo que, por ejemplo, la Cámara de Comercio ha establecido que deben ser en tres años, nueve arbitrajes como tope, y esto es algo así como tres por año. Podría ser ése un criterio; pero también habría que ver cuál puede ser, como dije antes, en función de la evaluación que se haga caso por caso de la situación concreta, pero algún referente podría establecerse en las

propias instituciones arbitrales. En el *ad-hoc* no me meto, porque no vaya a ser que nos corten por segunda vez el discurso.

Muchas gracias.

### PREGUNTAS DEL PÚBLICO

**Primera pregunta:** ¿Qué papel tienen los centros de arbitraje frente a las designaciones reiteradas?, ¿pueden actuar de oficio si advierten que ello afecta la imparcialidad o la independencia?

**Walter Albán Peralta:** Bueno, en la línea de lo que señalé antes, yo creo que los centros de arbitraje deben cumplir un rol vigilante en esto, pero tampoco se trata de que sustituyan a las partes. Me da la impresión de que eso más bien tiene que ser un planteamiento que haga alguna de las partes, y frente a eso resuelven las Cortes. No es fácil, como dije, poder establecer cuál es el nivel que ya se considera de reiterancia que no debiera ser admitida, y que eso tiene que ser examinado caso por caso, de manera que tendría que ser evaluado en cada oportunidad en la cual se plantea una discusión de esta naturaleza.

Un punto que me viene, sin embargo, también a la mente, es que en el arbitraje donde participa una institución del Estado, de repente lo que sí debería hacer cada centro es informar de cuál es el nivel de reiterancia que se puede constatar en cuanto a la designación de los árbitros. Con eso creo que contribuirían a que haya una mayor rigurosidad en la forma cómo se van haciendo estas designaciones, pero nada más.

**Segunda pregunta:** ¿Debería publicarse el detalle de las recusaciones tramitadas, a fin de contribuir con la transparencia en el arbitraje?

**Mario Castillo Freyre:** Yo creo que sí. En realidad, en los últimos años yo siempre he señalado que creo que los centros de arbitraje debe-

rían, en éste y otros aspectos, tener una actitud mucho más proactiva porque, por ejemplo, el tema de la publicación de las recusaciones y su resolución, ayudaría mucho a los litigantes para ver si recusan o no recusan. Es decir, si en un caso similar ya sé que el centro de arbitraje tal declara infundada las recusaciones, yo no voy a recusar, no le voy a aconsejar a mi cliente recusar, por más que yo pueda considerar que hay mérito para una recusación, porque hay ocho resoluciones del centro de arbitraje en sentido contrario a mi parecer. Entonces, como abogado, yo no puedo aconsejar a mi cliente ir a estrellarse contra una recusación que va a ser declarada infundada. Eso sería muy importante, yo creo que sí.

Ahora, que se publiquen o no los nombres de los árbitros, eso ya es otra cosa. O sea, ayudaría mucho aunque sea que se publique con el nombre tachado con negro, porque ya se sabría el sentido, que es lo más importante. Ahora, yo creo que también la publicación con los nombres no sería nada inconveniente.

Yo creo que el tema de la confidencialidad, como lo he dicho en otras conferencias y en otros congresos, para mí no debe ser absoluto, en tanto choca, precisamente, con un tema de transparencia.

**Tercera pregunta:** ¿Sería conveniente crear un registro de recusaciones accesible a las partes, a fin de que puedan utilizar dicho registro como criterio para sus designaciones?

**Mario Castillo Freyre:** Bueno, mi respuesta es afirmativa y va en el mismo sentido que la anterior.

**Cuarta pregunta:** En relación con el reiterado nombramiento de un árbitro en los arbitrajes y la independencia de los árbitros, ¿cree usted que dicha independencia, más allá de la cantidad de nombramientos, está relacionada con el porcentaje económico que los honorarios del árbitro, derivados de los reiterados nombramientos de una parte, representa en sus ingresos anuales?

**Mario Castillo Freyre:** Bueno, ya ahí es un poco complicado hacer ese cruce, porque tendríamos que hacer un cruce también con temas de orden tributario, de ingresos y declaraciones juradas. Eso ya es un poco más complicado.

Creo que con el tema de los nombramientos reiterados, y alguna vez lo he sostenido, deberíamos ser muy cautos, en razón de que toda esta doctrina de los nombramientos reiterados está hecha para realidades en las cuales el Estado no es parte principal o actor principal.

Entonces, yo tengo la seguridad de que todo el tema de los nombramientos reiterados, cuando alguien te dice «no, no puede ser, dos nombramientos reiterados en tal tiempo es mucho», «sí, pues, pero no tienes a ningún actor que tenga más de 400 arbitrajes como una entidad pública»; o sea, esa doctrina no está hecha para esa realidad, de tal manera que las cifras que se manejen tienen que ser cifras distintas. Yo creo que el reiterado nombramiento, sobre todo si es por entidades públicas, gobierno tras gobierno, en donde ni siquiera conoces al procurador público que nombra o a los abogados que defienden, es muy distinto del nombramiento para una empresa privada, cuyos accionistas sean los mismos, cuyo grupo empresarial sea el mismo a lo largo del tiempo. No se puede medir igual.

Yo creo que aquí también éste es un tema que debe merecer escrupulosa atención, precisamente, para que no metan a todos en el mismo saco, para que no paguen justos por pecadores; porque el reiterado nombramiento *per se* no es malo, lo malo es lo que haga el árbitro nombrado, sea nombrado una sola vez, o sea nombrado veinte veces. O sea, puede ser tan malo el que es nombrado una vez, como tan bueno el que es nombrado veinte veces. Entonces, éste es un tema que hay que verlo, no por número, sino por la responsabilidad en la actuación de cada uno de los profesionales que son nombrados por las partes.

**Quinta pregunta:** ¿Qué pasa si el soborno ha sido canalizado a través de un tercero, por ejemplo, una empresa asesora que soborna a un funcionario para que el contratista gane la buena pro, el tribunal sería competente para conocer la controversia?

**Eric Franco Regjo:** Bueno, como hemos dicho, ante una demanda, por ejemplo, de ampliación de plazo, la entidad reconviene alegando nulidad de contrato, o alegando resolución, o anulabilidad, o daños; entonces, todas las pretensiones son arbitrales. En ese sentido, el tribunal es competente. El hecho de que la coima haya sido pagada a través de un tercero, ese tercero ha actuado en nombre del beneficiario, y no veo por qué no podría pronunciarse el tribunal o conocer sobre cómo ha sido canalizado.

Hay que tener en cuenta que para el caso de concesión, se requiere sentencia previa y, en el caso de la ley de contrataciones públicas, ésta dice expresamente que la acreditación a la que hace referencia el literal f) del artículo 44.2, que es el que habla de nulidad de oficio por causa de corrupción, se efectúa mediante sentencia judicial consentida o ejecutoriada, o cuando se hubiera admitido o reconocido expresamente cualquiera de las circunstancias referidas en dicho literal. Eso está con relación a la nulidad de oficio, pero no se menciona que se requiera el mismo requisito para resolución por incumplimiento de la cláusula anticorrupción.

Bueno, y un tema relacionado es la doctrina *clean hands*, que es algo que no llegué a comentar, que es que, especialmente, en arbitraje de inversión, cuando una empresa se acerca a un tribunal pidiendo protección de un convenio de inversión, la teoría de *clean hands* le dice:

Si tú has incumplido la normativa del país respecto al cual buscas protección, no tienes derecho a que te proteja el convenio o tratado de inversión.

Entonces, es una doctrina de arbitraje de inversión que creo que se puede poner en duda si se aplica en arbitraje comercial. Si estamos en el fuero de nulidad o anulabilidad, podrían dejarse de lado las pretensiones de ambas partes o de una parte en el caso, por ejemplo, de una ampliación de plazo; sin embargo, se podría igual reclamar por enriquecimiento sin causa, en caso de que las pretensiones no se puedan restituir plenamente, pero si nos ponemos en el caso del dolo incidental y nos vamos a que el dolo incidental lleva a daños y perjuicios, claramente las pretensiones de la parte corruptora, probablemente puedan ser tramitadas, salvo que el tribunal tenga una objeción para eso. Pero, sería cuestionable realmente aplicar *clean hands* en ese caso.

**Sexta pregunta:** ¿La decisión de no confirmar a un árbitro debe o no ser motivada?

**Katherine González Arrocha:** Como les explicaba, según estas nuevas modificaciones del Reglamento de la CCI, se establece como práctica general ahora que sí se van a dar a conocer las motivaciones de estas decisiones. Es una pregunta interesante, porque es un debate de largos años en la CCI. Anteriormente, los antiguos reglamentos preveían lo contrario, que no se iban a comunicar estas motivaciones, y la razón radicaba en que debía prevalecer la rapidez, sencillamente. Si las decisiones eran más rápidas y no requería todo el esquema interno de que dentro de la secretaría el equipo tenía que redactar la decisión de la Corte, la decisión de la Corte se toma en sesiones privadas donde participan desde cinco hasta ochenta miembros, dependiendo del tipo de decisión que se toma; y, efectivamente, esto podía tomar cierto tiempo, la redacción de todas estas motivaciones y se prevalecía la rapidez.

Lo cierto es que a lo largo de los años, pues prevaleció más la tendencia de que las partes mismas, los usuarios, requerían estas motivaciones y conocer estos razonamientos. Entonces, frente a esto había que equilibrar el interés o esa solicitud de las partes, frente a esa rapidez; y, si lo que ellas preferían era conocer esto, definitivamente tenía que

prevalecer ese interés de dar a conocer esas motivaciones, y eso es lo que prevalece actualmente en el reglamento.

La pregunta es qué derechos de las partes se protegen, pues lo que ellas solicitaban, generalmente, las que solicitan buscan dar a conocer si se tomaron en cuenta sus solicitudes, porque siempre se comunica a ambas partes, en el caso de una recusación, los comentarios entre ellas y de los árbitros también; y, por lo tanto, ellas quieren tener la certeza de que se había dado a conocer y hasta qué punto la Corte había tenido en cuenta argumento en específico. Entonces, éstos son los derechos que se protegen.

Habiendo dicho esto, si las partes lo desean y se ponen de acuerdo en que no se comunique, en ese caso no se hará y se respetará la voluntad de las partes.

**PRESENTACIÓN DE LAS ACTAS DE LOS CONGRESOS DE ARBITRAJE DE LOS AÑOS 2014, 2015 Y 2016 Y PRESENTACIÓN DE LOS VOLÚMENES 39, 40 Y 41 DE LA BIBLIOTECA DE ARBITRAJE *ACTAS DE LAS PONENCIAS DE LOS CONGRESOS DE ARBITRAJE PUCP DE LOS AÑOS 2014, 2015 Y 2016***

**Marlene Anchante Rulle:** Buenas tardes, en mi calidad de Directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, sinceramente me complace que en ese tercer día del Congreso, dediquemos un tiempo dentro del programa para poder cumplir con el objetivo de presentar las memorias de los Congresos de Arbitraje correspondientes a los años 2014, 2015 y 2016. Se trata de los volúmenes 39, 40 y 41 que publica la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

Debo decirles que el Estudio de Mario Castillo Freyre es cofundador de nuestro Congreso Internacional de Arbitraje, cuya primera versión se llevó a cabo en el año 2007, y fruto de esa colaboración

conjunta que tenemos con Mario y que a lo largo de los años ha ido tomando diversas formas, sin duda, nos permite estar el día de hoy satisfechos presentando este resultado. La esencia a lo largo de estos años se mantiene: promover y mantener el uso del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, es interés de nuestro Centro y también es un interés compartido con Mario, desde hace muchos años.

Todos los volúmenes que contienen las actas de nuestro Congreso y, en especial, estos últimos tres que se presentarán, representan la huella que dejarán nuestros congresos en el país.

Quiero finalizar agradeciendo a Mario Castillo por la responsabilidad intelectual como editor; gracias Mario, porque nos beneficiamos de tu vocación, de tu trabajo intelectual y gracias también por la generosidad que tú compartes todos los años con nosotros desinteresadamente. Sinceramente, gracias, Mario.

Quiero darle la palabra a Roque, quien va a dar algunas apreciaciones sobre estas memorias.

**Roque J. Caivano:** Muchas gracias, Marlene, buenas noches. Creo que decir gracias a Mario, engloba el verdadero significado de lo que representa la enorme contribución que, desde la organización del Congreso y desde la generosidad de Mario, se hace al desarrollo del conocimiento arbitral.

Probablemente, en buena medida gracias a la *Biblioteca de Arbitraje* de Mario Castillo Freyre, el Perú esté hoy a la cabeza en materia de publicaciones de arbitraje.

Yo recuerdo cuando empezábamos a hablar de estos temas allá por fines de los ochenta, principios de los noventa, encontrar bibliografía en materia de arbitraje en español era raro. Hoy la profusión de material hace el efecto contrario, es inabordable poder alcanzar a leer todo lo que

se publica en materia de arbitraje. Pero, en buena medida y en buena hora que así sea. A la región le hacía mucha falta contar con material serio y concienzudo que estudie al arbitraje desde todos los aspectos posibles y, en buena medida, la *Biblioteca de Arbitraje* de Mario Castillo Freyre y estos tres volúmenes que se están presentando hoy, que reflejan las ponencias de los últimos tres congresos de arbitraje, lo son.

Simplemente, para citar algunos de los importantes temas que se tratan: los problemas derivados de la ejecución de laudos arbitrales, los criterios para la designación de árbitros, el derecho de defensa y los usos y costumbres mercantiles, el tema de resolución de disputas y arbitrajes con contratos del Estado, arbitraje de clase, evolución de la transparencia en el arbitraje, el rol del arbitraje de inversión en la resolución de conflictos sociales. Son tantos y tan profundos los temas, que llevaría la verdad más tiempo del que en realidad tenemos ahora, por lo que yo los invito a acceder a todo este material, que es una fenomenal contribución al desarrollo y al estudio del arbitraje.

Y agradecer no solamente al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica por la constancia y la perseverancia en la organización de estos congresos, sino también a Mario por la también tesonera labor de dar a conocer y publicitar todo lo que allí pase; porque un congreso por más que sea masivo, como suelen ser los congresos de la Católica, y congregar la cantidad de gente que siempre me llamó la atención que sea posible congregar en eventos sobre arbitraje, sólo beneficia a los relativamente pocos que acceden al congreso, que participan del congreso; pero dejar plasmado en material impreso lo que allí se discute, lo que allí se habla, las importantes ponencias de los expositores, es un legado para toda la humanidad dedicada al mundo del arbitraje. Así que Mario, muchísimas gracias.

**Mario Castillo Freyre:** Bueno, no voy a leer lo que tenía previsto leer, pero voy a decir algunas cosas que me parecen importantes de manera muy breve. En primer lugar, agradecer muchísimo a Marlene

Anchante, Directora del Centro de Arbitraje de la universidad y a Roque Caivano, muy buenos amigos y personas con una vocación arbitral tremenda, por seguir apostando por esta institución.

Para nosotros es muy grato que estemos en el año número diez de existencia y de la *Biblioteca de Arbitraje*. Cuando sacamos el volumen 1, en el año 2006, fue todo un reto porque al emprender una colección con el número 1, corríamos el riesgo, como muchas colecciones, de quedar en el número 2. Entonces, el comienzo fue un poco lento, pero no ha habido un solo año en el que no se haya publicado, por lo menos, un ejemplar; y ha habido años en los cuales se han publicado ocho o nueve ejemplares. De manera tal que, como vamos en el volumen 41 y son diez años, vamos en un promedio de 4.1 por año, lo que significaría que, si fuésemos una revista trimestral, tendríamos más de un ejemplar por trimestre, por lo que nos alegra mucho haber podido mantener la *Biblioteca*.

Y, ¿por qué la hemos mantenido? Más allá de que quienes trabajan conmigo en el Estudio colaboran mucho para que esto salga adelante, fundamentalmente, por el interés de las personas que se acercan y nos plantea la publicación de algunas obras, porque parte de las obras publicadas son los Congresos del Centro de Arbitraje de la Católica, que lo hacemos con muchísimo cariño; la Católica es mi *alma mater* y yo soy profesor aquí, y estoy vinculada a ella desde que fui cachimbo en el 82, de tal manera que es mi universidad de toda la vida.

Pero, más allá de eso, digamos, porque hay muchos autores que nos plantean publicar sus obras y, en lo que queda del año, Dios mediante, debe haber una serie muy importante de publicaciones de autores, esencialmente, peruanos, cuyas obras vamos a publicar, varios profesores de esta casa de estudios; y no voy a decir el número con el que queremos terminar el año, porque de repente no lo cumplimos, pero me he trazado una meta para los próximos meses, especialmente para diciembre, en lo que se refiere a las publicaciones de la *Biblioteca*. Yo, especialmente,

estoy trabajando mi segundo volumen de *Entre el derecho civil y el arbitraje*, que espero publicarlo en diciembre, y estoy muy contento con las colaboraciones de estos profesores, que ya hemos recibido y que están en proceso de edición.

Pero, principalmente, el agradecimiento es para las instituciones arbitrales, para los abogados, para los árbitros, para todos los estudiantes, los que leen la *Biblioteca*. La *Biblioteca* se imprime en formato papel en un número de ejemplares razonable para cualquier edición en el Perú, que va de quinientos a mil ejemplares, dependiendo del volumen; pero, luego o inmediatamente después, la colgamos en la página web del Estudio con acceso absolutamente libre. De tal manera que es de esta forma como se puede acceder a ella por un mayor número de personas en cualquier lugar del mundo.

Eso nos acarrea una gran satisfacción porque la principal satisfacción de un editor es que aquellas obras que edita, sean leídas por los destinatarios; y, felizmente, la *Biblioteca* viene cumpliendo esa función. Muchísimas gracias a todos, especialmente, a Roque y a Marlene, representante del Centro de Arbitraje. Siempre recordaremos la colaboración que hemos tenido con César desde la fundación del Centro, y Marlene lo ha sucedido con un incansable y extraordinario trabajo, del que hemos sido testigos en este último año.

Muchísimas gracias.



## MESA 6: LECCIONES APRENDIDAS EN ARBITRAJES DE INVERSIONES

*Verónica Sandler Obregón*

*Roque J. Caivano*

*Luis Miguel Velarde Saffer*

*José Daniel Amado Vargas*

*Irma Rivera Ramírez*

### PHILIP MORRIS vs. URUGUAY EL DERECHO DE SALUD vs. PROPIEDAD INTELECTUAL

*Verónica Sandler Obregón\**

Bueno, buenas noches. Antes que nada, es un placer estar aquí presente, agradezco al Centro por la invitación y a todos los presentes realmente por estar compartiendo este último panel en este congreso tan importante para lo que es la materia arbitral y para lo que somos todos los operadores en esta materia, así que agradezco nuevamente, muchísimas gracias por la oportunidad de estar ante ustedes.

Con respecto al tema que se presenta en esta mesa, la mesa número 6, creo que es la última, me ha tocado el tema relacionado con el análisis

---

\* Abogada por la Universidad de Buenos Aires-UBA, con estudios de postgrado en la Universidad de Palermo-*Graduate School of Business*, y candidata al doctorado por la Universidad Austral de Argentina. Directora de *Bellavision Entertainment S.A.*, docente universitaria y árbitro del Centro Empresarial de Mediación del Tribunal Arbitral del Colegio Público de Abogados de Río Grande y del Colegio de Escribanos de Buenos Aires; socia fundadora y secretaria del Instituto Latinoamericano de Arbitraje, ponente y conferencista a nivel nacional e internacional.

del caso de Philip Morris *vs.* la República Oriental del Uruguay. Más allá de la temática puntual, del foco puntual que tiene este tema, que tiene que ver, justamente, con lo que comentaban recién de la valoración o no que se hizo en este caso sobre los derechos de propiedad intelectual *versus* los derechos de salud. Los derechos en juego, me parece conveniente, más allá de que muchos de ustedes estén familiarizados con este caso, hacer una breve introducción, simplemente, de lo que son los antecedentes de este proceso, algunas características importantes a señalar, para luego analizar un poco los resultados del laudo; y, finalmente, concluir con lo que son los efectos o, como bien ha sido denominada esta mesa, las lecciones que puede dejar en el arbitraje de inversión, este caso puntual, que es el caso de Philip Morris.

Para comenzar, entonces, vamos a precisar justamente que el caso de Philip Morris es un caso que se presentó ante el Ciadi por tres subsidiarias de Philip Morris Internacional, justamente amparándose en ciertos artículos del tratado bilateral de inversión entre Suiza y Uruguay, como también en los artículos relativos a la Convención de Washington de 1965.

Es importante señalar o, por lo menos, me parece importante tener en cuenta, los efectos de las conclusiones finales que vamos a analizar, de que es la segunda demanda ante el Ciadi que se le presenta a Uruguay, siendo un país bastante novato en este tipo de demandas, con lo cual también es un caso interesante desde esa perspectiva.

Vamos, entonces, a los antecedentes.

En el año 2008, como les decía, Uruguay dicta una serie de medidas regulatorias, algunas por medio de decretos y otras por medio de leyes, en las cuales establece ciertas medidas tendientes a buscar reforzar un poco las medidas de la lucha contra el tabaquismo, justamente para proteger al fumador contra los efectos del tabaco, por parte —en este caso— del gobierno uruguayo.

Entre las medidas más llamativas de este marco regulatorio y digo marco regulatorio porque no fue una sola medida, un solo decreto, una sola ley, sino que fueron sucesivos decretos y leyes que acompañan a este marco regulatorio, que estamos llamando.

Por el tiempo y por la brevedad que implica el resumen de este caso, por supuesto, me limito a conceptos generales que ustedes pueden directamente en cualquier página, tanto del Ciadi o cualquier página jurídica, pueden recabar mayor información, porque todo el caso desde la solicitud de arbitraje, la contestación, la decisión de jurisdicción, el laudo, la disidencia, todos los elementos que vamos a trabajar aquí, están publicados. Así que, más allá de sus preguntas, también siéntase cómodo de contar ahí con la información suficiente que no pueda alcanzar a explicarles.

Entonces, ¿cuáles son las medidas que en este marco regulatorio llaman la atención o que podemos determinar? Entre ellas está la exigencia de una única presentación por cada marca comercial de productos de tabaco, ante lo cual por cada marca se debió dejar en el mercado un solo producto, es decir, se elimina la variedad de marcas de una única marca. Vamos a ver en el caso, por ejemplo, de *Marlboro*, el tema de *Marlboro Light*, *Marlboro Red*, todos los tipos o variables de una misma marca estaban, ante esta exigencia, prohibidas y tenía que haber una única presentación por cada marca comercial.

El segundo tiene que ver con la obligación de que todos los paquetes y envases debían tener unas ciertas advertencias sanitarias con ciertas imágenes fuertes en cuanto a su contenido, de impacto ante los consumidores de tabaco que, con regulaciones anteriores, se hablaba de un 50% de ocupación en el frente de la cajita de cigarrillos, y esta nueva disposición establecía ya que ocupara el 80% de la cajetilla, permitiendo solamente establecer el nombre de la empresa y un logo pequeño.

El tercer punto tenía que ver con el aumento de impuestos a la venta de productos de tabaco y la prohibición de publicidad de cigarrillos y otros productos de tabaco en los medios de comunicación.

Todas estas medidas fueron tomadas y fueron aceptadas, en este caso, por la demandante, por Philip Morris; pero hubo dos medidas frente a las cuales Philip Morris se opuso a su implementación, por considerar que eran arbitrarias, por considerar que eran fuera del margen establecido en el marco de la inversión, con lo cual se opone enfáticamente a dos medidas, una que tiene que ver con la obligación de limitar la venta a una única marca; y, por el otro lado, el tema de ocupar el 80% del producto con estas imágenes que estábamos mencionando.

Justamente, fue por estas dos razones que recurre al Ciadi, estableciendo que estas medidas perjudicaban sus intereses comerciales, provocando el retiro del mercado de siete de sus doce productos; pero, sobre todo, lesionando sus legítimos derechos de propiedad intelectual, los cuales estaban siendo expropiados sin compensación. Este reclamo ante el Ciadi vino después de ciertos reclamos en los tribunales contencioso-administrativos de Uruguay y hasta el Supremo Tribunal de Uruguay de la Corte Suprema.

Como bien ustedes saben, los tratados bilaterales de inversión, justamente, establecen unos ciertos estándares de protección, de garantía a los inversores por parte de los Estados, precisamente, en pro de llamar a estas inversiones, a estas formas de inversión directa en los distintos Estados receptores de inversiones extranjeras. Uno de los estándares de protección que considera el demandante, que se encuentran violados por parte del gobierno de Uruguay, es justamente el relativo a la expropiación, expropiación en este caso, indirecta. No voy a entrar en conceptos jurídicos que creo que en otra de las exposiciones se van a desarrollar, pero me limito, simplemente, a explicar en este caso que, si bien Philip Morris no contradice el interés público de preservar la salud de la población, etcétera, igualmente considera que las medidas sí habían perjudicado sus marcas y reducido los ingresos y los efectos

económicos que tenía esta inversión proyectada a lo largo de los años determinados en el contrato.

Esta expropiación, como yo les decía, implicó que Philip Morris, en concreto, tuvo que sacar del mercado esta cantidad de variables de una única marca, con esta única presentación que estábamos diciendo y, además, tuvo que modificar de alguna forma la estructura de toda su producción de cigarrillos en cuanto a estas nuevas imágenes reclamadas. Philip Morris asegura que con estas disposiciones tuvo que sacar de circulación estas marcas, argumenta que le corresponden derechos absolutos sobre la marca y éstos fueron expropiados por las medidas tomadas por el gobierno.

Esto es interesante que se tenga en cuenta, porque es una apreciación importante que se hace en este caso sobre los derechos de propiedad intelectual.

Acá hay una discusión interesante para tratar de resumir este punto, con respecto a si los derechos de propiedad intelectual son absolutos o no, dejando en claro, por supuesto, que estamos hablando de derechos intangibles y no de derechos reales, pero dejo de lado el hecho de si se pueden equiparar en cuanto al tema de dominio y demás; pero, lo importante acá es señalar que se ha planteado por parte de Philip Morris que, en realidad, estos derechos de propiedad, el registro oportuno, correcto, en los registros de Uruguay le dan derechos, un derecho de propiedad, un derecho absoluto en estos registros, y éstos se han visto vulnerados con las medidas tomadas por Uruguay.

Con respecto al segundo estándar de protección que encuentra afectado Philip Morris, además de la expropiación indirecta que estábamos señalando, es el del trato justo y equitativo, por dos puntos. Uno, con relación a las medidas que fueron arbitrarias, que fueron tomadas de manera arbitraria, irrazonable, desproporcionada, respecto del propósito del gobierno, contrarias al principio de legalidad; y, por otro

lado, también la violación de las legítimas expectativas en un ambiente estable. Es decir, considera que estas medidas cambiaron radicalmente el marco regulatorio establecido en la inversión.

Dentro del trato justo y equitativo, también se plantea la violación del estándar de denegación de justicia, que tiene que ver con la falta de posibilidad que tuvo Philip Morris de poder encontrar en los tribunales contencioso-administrativos y en la Corte Suprema una respuesta con respecto al conflicto que estaba presentando, que tenía que ver con la violación de sus derechos de propiedad intelectual ante estas medidas.

Los dos fueros, tanto contencioso-administrativo como la Corte, dictaron sentencias incongruentes entre sí. Unas consideraban ilegal y otras consideraban legal las medidas, con lo cual esta falta de congruencia ante las sentencias, consideraba Philip Morris que también era una forma de denegación de justicia. Philip Morris considera que el hecho de que Uruguay no le proporcione una forma de recurso judicial, tras las sentencias contradictorias de la Suprema Corte y del tribunal contencioso-administrativo, implica denegación de justicia.

Finalmente, llegamos al laudo. En el laudo se condena a Philip Morris, repito a Philip Morris, en el 2016 rechaza los cargos presentados por la empresa tabacalera y falla a favor de la República Oriental del Uruguay. El reclamo inicial de Philip Morris era de 25 millones; y, finalmente, se establece que Philip Morris debería pagar 7 millones a Uruguay, más los gastos de funcionamiento del Ciadi, que más o menos equivaldrían a 1.5 millones.

Es importante recalcar que ustedes ya tienen un laudo de jurisdicción anterior, en el cual el tribunal Ciadi se declara competente para entender la disputa, independientemente de los dos caminos de jurisdicción interna que se habían establecido.

Con respecto a los reclamos de expropiación, no da a lugar. Como acabo de decir, consideran que las medidas tomadas en pro de esta lucha contra el tabaquismo fueron tomadas legalmente, que fueron tomadas en pro de los intereses de la salud colectiva, que Uruguay tiene potestad suficiente, tiene un poder de policía soberano para la toma de estas medidas y que están aquí en juego derechos fundamentales como la vida, la seguridad pública; y, en este caso, la salud, que de alguna manera prioriza a intereses económicos, intereses comerciales, como son los que se generan o surgen de los derechos de propiedad intelectual que tenía Philip Morris.

Voy a tratar de ir un poquito más rápido con respecto a esto, pero ahí yo puse algunos extractos de laudo; es un laudo que tiene más o menos 250 páginas, aproximadamente, es muy largo, pero me pareció interesante marcar este punto con respecto a la temática de derechos de salud *versus* la propiedad intelectual.

La protección de la salud pública se ha reconocido como una manifestación esencial del poder de policía del Estado por mucho tiempo, que permite que los Estados nieguen a admitir inversiones por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad. (¶302)

A Uruguay le asiste el derecho de ejercer su poder soberano inherente de proteger la salud pública sin incurrir en responsabilidad en términos generales. (¶306)

Es decir, que, además de considerar este laudo que Uruguay no violó, no incumplió con sus responsabilidades internacionales amparadas bajo este tratado bilateral de inversión, además considera que, dentro de su interés público en pro de este interés del derecho de la salud, tampoco debe compensar a Philip Morris, indemnizar a Philip Morris, por los reclamos presentados.

Con respecto a los reclamos de trato justo y equitativo, también el laudo considera que las medidas no fueron arbitrarias, no fueron abruptas ni rompieron el marco establecido y considera que justamente los derechos de propiedad intelectual, las marcas, conceden derechos que no son absolutos, sino que son relativos y esta relatividad, esta limitación, está amparada justamente en el derecho que tienen los Estados de poder evitar estos derechos de propiedad intelectual en pro de derechos de interés común, como es en este caso el derecho de la salud.

Tenemos una disidencia en este laudo del doctor Gary Born, que justamente establece los dos puntos de mayor oposición con respecto al laudo tomado, pues considera que sí hubo una violación de trato justo y equitativo por la denegación de justicia, por considerar que el no acceso, como habíamos dicho, a una respuesta cierta y que brinde seguridad jurídica a Philip Morris en las instancias locales, genera denegación de justicia, y considera que las medidas tomadas fueron abruptas y que, en este caso, no fueron proporcionales con la medida del gobierno.

Como conclusión final, un poco para cerrar esa temática que quería comentarles a ustedes, un poco tomando los comentarios que han salido de la prensa, esta idea de la Batalla de David con Goliat, de la idea de un pequeño país sudamericano con una gran empresa tabacalera, lo que implican los factores de poder, los juegos de poder entre estos operadores y, además, todas las críticas que se han hecho con respecto a este tema, a mí me parece que acá estamos planteando que el análisis puntual del laudo no tiene que ver con quién tiene mayor preponderancia; es decir, si el derecho a la salud o el derecho a la propiedad intelectual.

Entonces, no se hace un test de *balancing* que los americanos llaman justamente de proporción de los derechos; sino lo que se plantea acá, me parece en este caso como lección, es la necesidad de que cuando los inversores deciden ir a un Estado a invertir, no dejen de tener en cuenta —y más en base a estos últimos antecedentes de estos últimos años en el campo de los arbitrajes de inversión— que existen hoy dere-

chos fundamentales que exceden las responsabilidades, los estándares, las garantías con los que se comprometen los Estados, porque están sobre ellos; es decir, hay derechos fundamentales, derecho a la salud, derecho al medio ambiente, derecho a la vida, derechos que hoy podemos llamar los nuevos derechos humanos; los nuevos derechos de gentes; los derechos humanos que hoy están teniendo un peso muy importante en lo que son las materias de arbitraje de inversión; y que, justamente, están poniendo en juego si las responsabilidades internacionales de los Estados pueden estar por debajo o no de estos derechos fundamentales a los que estamos haciendo referencia.

Me parece que hoy, como operadores del sistema, tanto asesores, árbitros, letrados, operadores intervinientes en este escenario del arbitraje de inversión, debemos tener en cuenta esta realidad que se está planteando en estos últimos casos, en donde en el año 2016 —el año pasado— realmente la decisión de un laudo a favor de Uruguay en este contexto, llamó la atención y puso en alerta de cuáles son las aplicaciones de este principio de ponderación y cómo juega este tema de los derechos fundamentales en estas responsabilidades de los Estados.

Finalmente, para cerrar me gustaría también llamarlos si quieren consultar o ahondar más en el tema, vean la participación de los *amicus curiae*, en este tipo de procesos, tuvieron un protagonismo fundamental; una intervención clave en este proceso, la posibilidad de que organismos como la OMS —la Organización Mundial de la Salud— pueda emitir opiniones; pueda emitir informes sobre cuál es su apreciación con respecto a las medidas tomadas por Uruguay que, clara y evidentemente por los resultados del laudo, fueron tomados en consideración por el tribunal. Sin más, después escucho sus preguntas, si tienen alguna duda. Les agradezco muchísimo su atención.

**ABACLAT VS. ARGENTINA**  
**REVISANDO LA NOCIÓN DE INVERSIÓN PROTEGIDA**

*Roque J. Caivano\**

Buenas noches, nuevamente. Quiero invertir diez segundos en agradecer al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica por la gentileza de invitarme a compartir este panel con ustedes y agradecer la presencia de ustedes a esta hora de un día viernes, lo que demuestra el interés que el arbitraje y las discusiones académicas sobre el arbitraje, despiertan.

El caso que me toca comentar es el caso Abaclat contra la República Argentina. Sucintamente es un caso relacionado con bonos soberanos emitidos por la Argentina. La Argentina en la década de 1990 emitió algo menos de doscientos bonos, ochentitrés de los cuales habían sido colocados exitosamente en Italia y la Argentina, con motivo de la crisis de finales del 2001. La salida de la convertibilidad, la legislación de emergencia que convirtió las obligaciones nominadas en dólares a pesos y toda la reforma económica que sobrevino después de esa crisis, entre otras medidas, declaró el *default* de estos bonos; bonos que, en este caso, tenían pactada la jurisdicción de los tribunales de Ginebra, de Manhattan, entre otros. Y ochentitrés de éstos, casi doscientos bonos que la Argentina había emitido, eran los que estaban en conflicto.

En el año 2005, la Argentina ofreció un canje de bonos que no fue aceptado por estos bonistas, quienes en el año 2006 iniciaron un arbitraje Ciadi. Inicialmente, se trataba de 180,000 bonistas, 180,000

---

\* Abogado por la Universidad de Buenos Aires, doctor en ciencias jurídicas por la Universidad del Salvador. Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, donde ha administrado más de 2,100 arbitrajes. Asimismo, es docente universitario, investigador y consultor internacional, autor y coautor de numerosos libros y artículos académicos y ponente internacional.

demandantes, de los cuales cerca de 120,000 quedaron en el camino en el 2010, cuando Argentina ofreció un nuevo canje de bonos y fue aceptado por buena parte de éstos, con lo que el conflicto quedó apenas reducido a 60,000 demandantes.

El caso muestra una serie de cuestiones delicadas, que el tribunal tuvo que abordar y que resolvió, fundamentalmente, en un laudo sobre jurisdicción y admisibilidad de agosto del 2011. El tribunal estuvo integrado por Georges Abi-Saab, Albert Jan van der Berg y presidido por Pierre Tercier. Uno de los aspectos que se discutió durante el arbitraje, de los varios que se discutieron durante el arbitraje, es si se trataba de un reclamo bajo tratado o un reclamo bajo contrato; y, sobre este aspecto, la posición de la Argentina —básicamente— es que, en definitiva, lo único que había existido, es un incumplimiento de obligaciones contractuales de no pagar los bonos soberanos, pero de ninguna manera había violación a las normas del tratado bilateral de inversión Argentina-Italia.

A juicio del tribunal, el incumplimiento de obligaciones contractuales puede ser reclamado bajo un TBI, si el Estado a través de actos soberanos altera unilateralmente el equilibrio del contrato y sus disposiciones, y juzgó el tribunal que eso fue lo que hizo la Argentina, especialmente cuando sanciona la legislación de emergencia que declaró el *default* y que fue, particularmente, la norma sobre la cual Argentina basó su justificación para el no pago de los bonos. En palabras más o menos textuales del tribunal, es la sanción de la ley que se auto excusó de cumplir sus obligaciones contractuales o que fijó unilateralmente las condiciones en las que lo cumpliría, lo que constituye un incumplimiento de sus obligaciones bajo el tratado.

Otro aspecto interesante se planteó también en torno a la condición de inversión y de inversión protegida por el tratado y de inversión reclamable al amparo de la Convención de Washington, porque la Argentina consideraba que no se cumplían los requisitos exigidos por la doctrina y por la jurisprudencia de distintos tribunales constituidos bajo la órbita

del Ciadi para calificar como inversión. El tribunal partió de reconocer que el propio tratado definía a los bonos y a los títulos públicos o privados como una inversión. El TBI de Argentina-Italia tenía una serie de especificaciones sobre qué debía considerarse inversión, entre las cuales claramente estaban los bonos y los títulos públicos.

El argumento de la Argentina es que la sola mención en un TBI, de que eso constituye una inversión, no califica automáticamente como inversión, a los fines del artículo 25 de la Convención de Washington, si no se da alguno de los otros requisitos adicionales, el hecho de que exista una efectiva contribución del inversor, que la inversión tenga una cierta duración, que haya un riesgo operativo asociado con esta inversión y que la inversión constituya una contribución al desarrollo del Estado receptor de esa inversión. El tribunal arbitral, en su mayoría —con la disidencia de Abi-Saab—, consideró que comprar bonos soberanos es una contribución.

Además, otro de los aspectos que se discutía es si la inversión se había hecho en la Argentina, toda vez que los bonos cotizaban en distintas bolsas del mundo y, de hecho, habían sido comprados en Italia, a bancos, fundamentalmente, italianos. Lo que el tribunal consideró, en este sentido, es que la inversión debía considerarse hecha en la Argentina, toda vez que el destino final del precio pagado por los bonistas era financiar el funcionamiento del Estado argentino, de modo que el destino final de esa inversión —no importa dónde se hubiese adquirido el bono— era una contribución para la Argentina.

Otra discusión que también se dio en el marco de este proceso es si el consentimiento de los demandantes había sido dado en debida forma, toda vez que el Comité Jurídico de la Asociación de Bancos Italianos creó una *task force* argentina, una entidad con la finalidad de representar a los bonistas; y la Argentina cuestionaba ciertos aspectos del mandato dado a través de los documentos que los bonistas le firmaron a la *task force*. En relación con eso, el tribunal señaló que:

La manera en que los demandantes otorgaron el consentimiento al arbitraje del Ciadi a través de los documentos pertinentes contenidos en el paquete de mandato de la *task forcé*, es válida en cuanto a cuestión de principio.

Que sobre la base de las circunstancias que llevaron a la formalización de los documentos que contienen el consentimiento de los demandantes, especialmente, la declaración de consentimiento y el poder, en esta etapa no existen indicios de que tal formalización se haya logrado mediante fraude, coerción o un error esencial que pudiera haber viciado el consentimiento de los demandantes y que, eventualmente, la posibilidad de que exista tal fraude, coerción o error con respecto a los demandantes en forma individual sobre la base de las circunstancias específicas de cada caso, es una cuestión que se abordará en la medida que sea necesario y apropiado cuando se analicen las cuestiones relacionadas con cada demandante.

Entonces, el tribunal difirió para un momento posterior el análisis de las impugnaciones puntuales y específicas que la Argentina había hecho a los poderes otorgados por algunos de los bonistas.

Y el otro aspecto, también discutido en el arbitraje, es si estábamos en presencia de un arbitraje colectivo o de una simple pluralidad de demandantes. La posición de la mayoría del tribunal fue que éste no es un típico procedimiento colectivo; no estábamos en presencia de este caso de acciones de clase, «sino sólo de un proceso en el cual los demandantes eran miles, pero todos ellos en principio, prestaron su consentimiento para que una entidad los represente, no actuando sobre la base de una representación promiscua de una determinada clase, sino sobre la base de poderes individualmente otorgados». Señaló también el tribunal que:

Este tribunal no pierde jurisdicción por el hecho de que haya un número inusual o excesivo de demandantes, si todos ellos tienen

legitimación para reclamar. Lo contrario —mencionó— implicaría privarlos del derecho a la justicia arbitral que les reconoce el TBI.

Y el tribunal también puntualizó que el hecho de que la Convención de Washington o el Reglamento Ciadi «no prevean un procedimiento de estas características, no es por sí solo una circunstancia que obste que se pueda promover una demanda con decenas o centenares de miles de demandantes»; y que, si bien es cierto que muchas disposiciones del reglamento no pueden aplicarse linealmente ante una cantidad tan grande de demandantes, el tribunal tenía reglamentariamente facultades para adaptar el procedimiento y tomar todas aquellas medidas que hiciesen viable y posible el funcionamiento de un procedimiento con esta cantidad demandada; y consideró, además, que debía hacerlo. Ponderó también que la alternativa sería peor. A esa altura ya se conocía que la cantidad de demandantes había quedado reducida, de 180,000 a apenas 60,000, y señaló que peor que tener un proceso con 60,000 demandantes, era tener 60,000 arbitrajes. Ni el Ciadi ni la Argentina, iban a poder manejar 60,000 arbitrajes individuales, además cuyo costo en relación con el monto de la inversión individual era, prácticamente, prohibitivo para los bonistas demandantes.

Puso énfasis también en que en la medida en que los reclamos son homogéneos y se vinculan con la violación al tratado y no con las características específicas que cada categoría de bonos tenía, el tribunal debía analizar defensas iguales y esto hace posible, de alguna manera, simplificar, entre otras cosas, el método de examen de la documentación relativa al caso.

En resumen, a mi juicio, la principal lección que deja el caso Abaclat, es que asumiendo que la tenencia de bonos soberanos de un país continúa considerándose una inversión —tema que es posible discutir todavía— nos enfrentamos a la posibilidad de reclamos bajo un escenario similar de miles y miles y miles de demandantes, que si no son propiamente una

acción de clase, tiene algunas características que permiten asimilar, en alguna medida, el reclamo a una acción de clase.

Y, ante esa posibilidad, es necesario analizar las particularidades procesales de arbitrajes con tanta cantidad de demandantes porque, en definitiva, están en juego dos principios igualmente esenciales. Por un lado, el derecho de los inversores, digo asumiendo que la tenencia de un bono sea una inversión, lo que tendríamos, en caso de no permitir la acumulación de demandantes en un proceso, es una práctica privación del exceso de los inversores a la justicia, porque probablemente ningún inversor de manera individual pueda soportar el costo de un arbitraje Ciadi, en el que su reclamo sea su único bono o la única cantidad de bonos que tengan. Sólo tiene sentido y es económicamente viable un reclamo en el que haya una multiplicidad de demandantes que contribuyan a soportar el costo.

Pero, también es necesario encontrar una solución al dilema que plantea para el Estado demandado una demanda tan masiva como ésta, porque el Estado receptor de la inversión tiene igualmente un derecho esencial a poder defenderse adecuadamente en un proceso cuya complejidad está dada, fundamentalmente, por la enorme cantidad de demandantes.

De modo que lo que nos deja Abaclat son temas para la reflexión y temas para verificar de qué manera es posible organizar procedimientos con una cantidad tan significativa de demandantes.

Muchas gracias.

**RENCO GROUP VS. PERÚ**  
**CONSIDERACIONES MEDIOAMBIENTALES**  
**EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES**

*Luis Miguel Velarde Saffer\**

Buenas noches con todos. En primer lugar, sumarme a mis colegas, agradeciendo por la invitación del Centro de Arbitraje de la universidad, concretamente a las doctoras Marlene Anchante y Silvia Rodríguez, quienes gentilmente me invitaron.

El tema que me ha sido asignado tratar, es el de consideraciones medioambientales en el arbitraje de inversiones y comentarlo a propósito del caso Renco Group. Entonces, lo que planeo hacer, y ya entenderán por qué a lo largo de la exposición, es que esta presentación va a tener dos partes. En la primera, brevemente comentar el caso Renco Group; y, en la segunda, lo que quiero explicar es cómo normalmente surgen los reclamos ambientales o concretamente los reclamos por violaciones de normas ambientales en el contexto de un arbitraje de inversión.

Entonces, comenzando con la primera parte, en la pantalla tienen el proyecto metalúrgico La Oroya que, como ustedes deben saber, fue construido en el año 1921 y era públicamente conocido como un proyecto ya hace varias décadas muy contaminante; contaminante a nivel del aire, a nivel del suelo, a nivel del agua, etcétera. El caso Renco Group tiene que ver, precisamente, con este proyecto y lo que ocurrió fue que en los años noventa el Estado salió a buscar un inversionista con la finalidad de remodelar, modernizar y mejorar este complejo metalúrgico.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Master of Law*. Doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es asociado de Dechert LLP, árbitro experto en derecho comercial, corporativo y resolución de disputas.

Doe Run Perú, a través del inversionista americano Renco Group, decide, finalmente, adquirir este proyecto. La empresa que lo adquiere formalmente es Doe Run, que ustedes conocerán por toda la publicidad que ha tenido en nuestro país, y adquiere este proyecto por 247 millones de dólares. Dado el nivel de contaminación inherente a este proyecto, al momento en que se celebra el contrato de transferencia de acciones con la empresa Centromin, que era la vendedora, las partes, básicamente, establecen límites claros de responsabilidad, en el sentido de que cualquier reclamo de terceros por daños o problemas ambientales en el proyecto hasta la fecha de adquisición del mismo por Doe Run, iban a ser asumidos por Centromin, que era la empresa propietaria del proyecto.

Lo que ocurrió fue que diez años después, entre diez y quince años después, se presentaron en Estados Unidos contra la matriz de Doe Run Perú, Renco Group, veintidós demandas ante las cortes americanas por, aproximadamente, mil pobladores de la ciudad de La Oroya. Básicamente, estos reclamos se sustentaban en daños ambientales por exposición al plomo y otras sustancias tóxicas en La Oroya y surge una controversia entre las partes, en razón de quién debía asumir la responsabilidad por esos reclamos, todo lo cual, para hacer corta una historia larga, lleva a Renco Group, quien consideró incumplida una serie de compromisos, a iniciar un arbitraje de inversión contra el Perú ante el Ciadi, basado en el TBI firmado por el Perú y Estados Unidos.

Este caso, si bien es muy interesante desde el punto de vista de los daños medioambientales o las consideraciones ambientales que involucra, en él el tribunal, lamentablemente, no se pronunció sobre el fondo de la disputa. Quienes conocen el caso sabrán que el tribunal desestimó la demanda por razones jurisdiccionales. Básicamente, lo que ocurrió, tienen en pantalla el tratado, es que el tratado exigía que la demandante acompañe la solicitud de arbitraje con una renuncia, una renuncia en los términos que tienen en pantalla, que es una renuncia a iniciar procesos o procedimientos paralelos en otros foros, sustentados en los

mismos hechos que dieron lugar o que dan lugar a la disputa ante el Ciadi. En el último párrafo pueden ver que es una renuncia bastante específica.

Bueno, el propósito de estas renunciaciones es evitar juicios o disputas paralelas, evitar una doble compensación, evitar decisiones contradictorias, etcétera.

Lo que ocurrió en el caso, es que Renco, al momento de presentar la solicitud de arbitraje, incluye una reserva de derechos bastante explícita, en el sentido de que si el tribunal rechazaba por razones jurisdiccionales la reclamación, Renco se reservaba el derecho de llevarla a otro fuero para que se pronuncie sobre los méritos de la disputa. El tribunal, como comprenderán, ante las objeciones de Perú, analiza esta renuncia y la conformidad de la renuncia presentada por Renco, con la renuncia que el tratado exige. Y esto el tribunal lo analiza desde el punto de vista de su competencia, ¿por qué de su competencia? Simple y llanamente porque, como ustedes sabrán, mediante la celebración de un tratado lo que hace un Estado es lanzar una oferta de arbitraje, esta oferta de arbitraje se entiende aceptada por parte del inversionista al momento de presentar una solicitud de arbitraje y, en este caso concreto, la oferta del Estado para arbitrar las disputas estaba condicionada o está condicionada por esta renuncia conforme al tratado, lo que en términos prácticos quiere decir que si uno presenta la solicitud de arbitraje o una renuncia no conforme al tratado, entonces, se entiende que no hay una aceptación conforme; y, por lo tanto, no se perfecciona el contrato: el acuerdo de arbitraje.

El tribunal, como ven en pantalla, así lo expresa y, finalmente, analiza la renuncia y concluye que esta reserva de derechos no era conforme con el tratado; y, por lo tanto, declina su competencia. Yo no voy a entrar en más detalles sobre el caso, porque queda en ese límite jurisdiccional, pero para los interesados en este punto, el tribunal analiza temas muy interesantes a propósito de esta renuncia como, por ejemplo, la

solicitud de Renco, hasta qué punto Renco podía, si había presentado una renuncia disconforme con el tratado, retirar esa denuncia o retirar la reserva de derechos y presentar una renuncia conforme; y el tribunal descarta posibilidades como éstas, desestima la posibilidad de continuar el arbitraje. Eso puede ser criticable o no, hay mucha discusión interesante y el laudo es novedoso en ese sentido por el tema de las renunciaciones. Entonces, como ven, el tema ambiental quedó un poco de lado.

Entonces, con esto lo que quiero hacer es pasar a la segunda parte de la exposición y comentarles, en general, cómo reclamaciones ambientales en otros casos, además, pueden surgir en el arbitraje de inversiones.

Como regla general, esas reclamaciones pueden ser planteadas por los inversionistas o por los Estados, vía demandas reconventionales, ya veremos; y, precisamente, el tema de las demandas reconventionales es el que hoy en día es uno de los más debatidos, si, básicamente, las demandas reconventionales pueden o no presentarse en arbitrajes de inversiones y el análisis tiene que ver con hasta qué punto el inversionista consiente o no a este tipo de demandas.

Entonces, si comenzamos por cómo estos reclamos por violaciones ambientales pueden ser levantados por un inversionista, hay básicamente dos formas. La primera, que voy a llamar conceptualmente posible, pero que no ocurre mucho en la práctica; y la segunda, que sí ocurre más en la práctica.

La primera, que no ocurre mucho en la práctica, es la que podríamos decir una forma directa. Básicamente, si el inversionista cree que el Estado ha violado obligaciones ambientales o ha incumplido con normas ambientales, que han generado un daño a su inversión, el inversionista podría activar la vía del tratado e iniciar un arbitraje contra el Estado. ¿Cuál es la particularidad de esta primera vía? Que si bien el arbitraje se podría viabilizar a través del tratado, el inversionista no alegraría la violación de estándares del tratado como trato justo y equitativo, protección

y seguridad; sino, más bien, el solo hecho de la violación de normas ambientales o de obligaciones ambientales por el Estado.

¿Cómo podría sustentarse esto? Primero, desde el punto de vista del consentimiento del Estado, el consentimiento del Estado recogido en el tratado aplicable debería ser muy amplio y en pantalla tienen, por ejemplo, a la mano izquierda, una cláusula bastante estándar en los tratados un poco más antiguos, donde el Estado da su conformidad para evitar cualquier disputa en relación con las inversiones en su territorio. Ésta es una conformidad para arbitrar disputas, muy amplia y si un inversionista pudiese, por ejemplo, llegar a probar que la violación de normas ambientales o el incumplimiento de obligaciones ambientales ha afectado su inversión y la ha dañado, en principio, podría surgir una disputa en relación con su inversión.

Y luego, ¿cómo podría complementarse esto? En la parte derecha tienen también una cláusula algo estándar en tratados de inversión, que establece que la ley aplicable, además, del derecho internacional y otros en el tratado, es la ley del Estado receptor de la inversión; y esta ley del Estado receptor de la inversión, es la ley que contempla las obligaciones ambientales potencialmente incumplidas por el Estado.

Entonces, en buena cuenta, si hay un consentimiento amplio de parte del Estado, por un lado; y, por otro lado, hay una ley aplicable que involucra las normas, entre otras, ambientales del Estado receptor de la inversión, que podría alegarse han sido violadas por el Estado receptor, esto podría abrir la vía para directamente reclamar daños bajo el tratado por violación de obligaciones ambientales.

La segunda forma, que es mucho más práctica y mucho más común, es la forma indirecta, en donde el inversionista en las mismas circunstancias que he planteado, lo que hace es sustentarse en violaciones ambientales, normas ambientales, etcétera, pero materializa su reclamo a través de estándares del tratado y dice «la conducta del Estado al cam-

bien tal regulación, zonificación o al hacer esto respecto de los desechos tóxicos, etcétera, ha violado el estándar de trato justo y equitativo o de plena protección y seguridad; y, por lo tanto, me ha causado daños». Eso, de hecho, es normalmente lo que ocurrirá. Los inversionistas amoldan sus reclamos para sustentar la violación de estándares.

Ahora, lo interesante y la razón por la cual hago esta distinción entre directa o indirecta, es que, en muchos casos; la segunda, la indirecta, es la única vía que tiene el inversionista para reclamar. Eso lo pueden ver, por ejemplo, hay otro tratado que cito en pantalla, que si no me equivoco es el tratado Perú-Colombia que, como verán, tiene un consentimiento del Estado mucho más limitado, donde solamente el Estado dice «consiento arbitrar mis disputas en relación con la violación de obligaciones de conformidad con la sección A del tratado»; y la sección A del tratado es la que recoge los estándares.

Entonces, la alegación que veíamos antes, de la forma directa en este segundo escenario no cuadra mucho, porque el Estado está diciendo «yo consiento arbitrar disputas por violación de estándares, con lo cual en la medida en que tú no alegues la violación de un estándar, yo no he consentido para arbitrar esa disputa».

Como pueden ver, al final de cuentas, desde el punto de vista de los reclamos potenciales del inversionista respecto del Estado, todo depende o mucho depende del alcance del consentimiento y de la manera cómo el consentimiento se plasma en los tratados aplicables.

Ahora paso, entonces, a la segunda parte, y ojalá pueda terminar en estos minutos, que tiene que ver con las demandas reconventionales que puede plantear un Estado ante el inversionista. Este tema, además de ser complejo, verán que depende mucho nuevamente del tratado y del texto del tratado. Una de las preguntas es ¿el inversionista ha consentido, al iniciar un arbitraje, que también en el mismo se analice y el tribunal decida demandas reconventionales?

El caso típico en el que esto se presenta es, imagínense, una concesión minera donde el inversionista está desarrollando la concesión minera, el inversionista reclama daños bajo el tratado por la revocación de las concesiones mineras, y el Estado responde diciendo «bueno, no sólo es falso lo que dice, etcétera; sino que también tú has sido un muy mal operador, has dañado el medio ambiente, has generado daños; y, por lo tanto, reconvengo para que me indemnicen por esos daños».

En lo personal, yo conozco de cerca los casos Burlington y Perenco contra Ecuador, porque la firma a la que pertenezco ha representado a Ecuador en esos casos, y son casos donde hay decisiones relativamente recientes sobre estos temas. En el caso Burlington, por ejemplo, que tienen en pantalla, verán que el tribunal aprobó las reconversiones de parte del Estado y condenó a Burlington a pagar un poco más de 41 millones de dólares. Algo similar ocurrió en el caso Perenco, donde a la fecha actual el tribunal ha emitido un lado diciendo que hay responsabilidad ambiental, y ahora se encuentra en proceso de definir el *quantum* de ese daño.

Estos casos, sin embargo, lamentablemente, no generaron mayor debate sobre la procedencia o no de las demandas reconventionales, porque en el caso Burlington, Burlington aceptó las demandas reconventionales, con lo cual no hubo disputa; y, en el caso Perenco, Perenco no levantó una objeción jurisdiccional por este tema, el tribunal no se pronunció sobre el tema y simplemente siguió, y emitió una decisión sobre responsabilidad.

Entonces, estos casos tampoco ayudan para ver el debate sobre las demandas reconventionales. ¿Por qué el tema es interesante? En un arbitraje Ciadi, el foro al que más se recurre en casos de inversión, ven que se establece la posibilidad de presentar demandas reconventionales, primero, que se relacionan directamente con la diferencia; segundo, que estén dentro del límite del consentimiento de las partes; y, tercero, que estén dentro de la jurisdicción del Ciadi. Y todos estos puntos, estas tres

exigencias pueden generar debates, pero tal vez la que más debate genera es la del consentimiento, y el debate se genera básicamente porque, imaginemos dos escenarios, primer escenario, una demanda alegando la violación de un tratado sometido a reglas Ciadi, etcétera; y, segundo, una demanda sustentada en un contrato de concesión bajo reglas Ciadi, como son —dicho sea de paso— los contratos de concesión celebrados por el Estado peruano.

En el primer caso, en el caso bajo el tratado, como les decía antes, conceptualmente hay una oferta del Estado que el inversionista acepta con su solicitud de arbitraje y la discusión que se genera. Ésta se genera porque el inversionista puede alegar «yo he consentido el arbitraje respecto de los reclamos que yo presento, precisamente, en esta solicitud de arbitraje, yo no consiento arbitrar disputas en relación con potenciales demandas reconventionales». Y un inversionista bien asesorado podría, incluso, hacer más compleja la situación presentando una solicitud de arbitraje que tenga, justamente, un *caveat* para excluir de su consentimiento, potenciales demandas reconventionales.

Al final de cuentas, asumiendo que este *caveat* no se hace, nuevamente, si proceden o no las demandas reconventionales, va a depender del *boarding* del tratado y hasta qué punto se puede entender que el inversionista ha consentido esto. Nuevamente, si regresamos al ejemplo previo e imaginamos cláusulas en el tratado o artículos que digan que se acepta ir a arbitraje por cualquier disputa en relación con inversiones, ahí puede haber un buen argumento para afirmar que las demandas reconventionales son procedentes.

En el caso del contrato de concesión Ciadi, que decía, el tema es un poco menos tenebroso, porque normalmente las cláusulas de solución de disputas son amplias y se vinculan con cualquier disputa derivada, vinculada o resultante del contrato de concesión, de su ejecución, etcétera, y eso amplía la brecha para las demandas reconventionales. Si, finalmente, se llegase a concluir en cualquier caso que las demandas

reconvencionales no proceden, sea porque no hay consentimiento, porque la jurisdicción del Ciadi no se cumple, o porque la contrademanda no está relacionada con la disputa, siempre existirá la posibilidad de que a nivel de fondo del arbitraje, estos elementos de violaciones de normas ambientales o de obligaciones, sean utilizados por el Estado para alegar, por ejemplo, algún tipo de culpa compartida de parte del inversionista, con la finalidad de reducir el reclamo en un porcentaje que el tribunal definirá.

Muchas gracias.

**CHEVRON vs. ECUADOR**  
**REPARACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS POR EL INVERSIONISTA**

*José Daniel Amado Vargas\**

Buenas noches a todos. Me sumo a los agradecimientos para los organizadores, en particular, al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica, así como al público que nos acompaña hasta esta hora un viernes en la noche.

Es reveladora la importancia que tienen estos temas para la comunidad arbitral peruana, como la tienen también en la comunidad internacional.

Se me asignó un caso que, en realidad, a diferencia de los otros casos que han sido tratados en este panel, es un caso que está en trámite,

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en derecho por *Harvard Law School*. Socio de Miranda & Amado Abogados, especialista en derecho corporativo, inversión extranjera, fusiones y adquisiciones, proyectos de infraestructura, financiamiento de proyectos, resolución de disputas, mercado de valores y recursos naturales.

con lo cual no puedo hablar mucho sobre el arbitraje. Sí me referiré, por supuesto, a lo que ha pasado hasta ahora, más bien quiero hacer un análisis macro de la situación que, de alguna manera, permita a ustedes tener una visión más amplia de la problemática que está alrededor de lo que hoy en día es el sistema de arbitraje de inversión.

Tienen en pantalla una gráfica muy sencilla, pero que dice mucho sobre lo que es el caso de Chevron contra Ecuador, porque además del Estado y del inversionista, hace mención a los nacionales del Estado receptor de la inversión, en este caso, a comunidades. Es un tema interesante porque nosotros en el Perú estamos, particularmente, sensibilizados con el asunto; hay conflictos sociales que tienen relación directa, y uno a veces se pregunta «bueno, y esto ¿qué solución tiene realmente?», ¿cuál es el camino que podría seguir, por ejemplo, el daño ambiental que causa un daño al Estado, pero también causan daño a personas individuales, incluso, a comunidades.

Entonces, dije que de alguna manera lo que voy a hacer es contarles este caso, considerado por muchos como uno de los mayores fracasos de la historia del arbitraje internacional, no tanto por el arbitraje que, por cierto, sigue su curso y tendrá que llegar a un puerto de solución; sino no por el hecho de que lleva veinte años la disputa en marcha y no parece encontrar un camino de solución fácil. Al revés, voy a plantear yo mismo acá que existe la posibilidad, por lo menos conceptual, de que el caso, finalmente, no llegue a una solución al problema que por veinte años se ha venido litigando y eso definitivamente habla mucho de la sociedad que clama árbitros expertos, profesores universitarios, sobre el tema de que el sistema tiene que ser, de alguna manera, revisado, y éste es uno de los temas en los cuales seguramente será revisado.

Pongo en pantalla los hechos de la controversia, solamente para mencionar que esto se refiere a un contrato de 1964, básicamente, un contrato de éstos de concesión para la producción petrolera, como ocurre en muchísimos países del mundo, incluyendo el Perú.

Estaban originalmente Wolf Oil y Tex-Pet, lo que fue después Texaco y lo que después fue Chevron, y en algún momento se involucra el Estado ecuatoriano y toma una participación. Más adelante, en 1993 llegan a lograr un entendimiento y, en 1995, un acuerdo de transacción con relación a ciertas situaciones. En este caso concreto toca el tema de la remediación ambiental y el hecho de limitar, de alguna manera, a ciertas acciones que tenía que tomar la empresa. El 30 de septiembre de 1998, hace diecinueve años, prácticamente, se firmó un documento que es como una exoneración final de obligaciones que el Estado ecuatoriano acepta.

Ahora, mientras esto pasaba y seguía este curso normal de lo que ocurría en muchos contratos petroleros cuando van llegando a su fin, en los Estados Unidos un grupo de comunidades iniciaron una demanda contra Texaco, que después fue Chevron. Ese caso es conocido como el caso Aguinda, y en el Aguinda lo que ocurre es que —en términos muy sencillos y en interés de la hora voy a hacer muy simple el tema— las comunidades, y todo esto nuevamente mientras ocurrían las negociaciones de los documentos que he mencionado de transacción y de exoneración de responsabilidad; o sea, antes de que se den esos documentos, el caso se veía en Estados Unidos y curiosamente las personas que demandaron, la colectividad que demandó, decía, básicamente, que el mejor foro para tratar este caso eran los tribunales de los Estados Unidos, y lo interesante es que también en las comunidades decían eso, mientras la empresa demandada decía que el mejor foro era ir a Ecuador.

Es más, como suele ocurrir en este tipo de casos, cuando finalmente esto termina porque hubo apelaciones —y no voy a entrar en ese tema a nivel judicial—, lo cierto es que termina con una orden final en la que se le pide a la empresa demandada —al inversionista en este caso— se le dice «antes de retirar el caso y darte la excepción de foro no conveniente y decirte, entonces, que no vamos a verlo en los tribunales americanos, tú tienes que estar de acuerdo en que sí lo van a ver en los tribunales

ecuatorianos». Y, entonces, de esa manera las cortes americanas salen del tema y el caso, efectivamente, comienza en Ecuador.

Entremos un poco en materia. El juicio en Ecuador empieza en el 2003 y, básicamente, los demandantes, que son otra vez colectividades ecuatorianas, en muchos casos comunidades reconocidas legalmente por el gobierno ecuatoriano, inician un caso contra Chevron ante la Corte de Primera Instancia de Lago Agrio, en el oriente ecuatoriano, y Chevron pide que se desestime la demanda, entre otras razones, en virtud de los acuerdos de transacción a los que ya me he referido, que fueron firmados al momento en que se dio el retiro de Chevron de Ecuador como operador de este lote petrolero.

El litigio duró cinco años y, durante esos cinco años, se dieron una serie de hechos, el caso fue muy complejo, seguido por la prensa por todos lados, porque, prácticamente, había billones de posibles daños que se demandaban y, al final, después de cinco años —como digo— el tribunal termina dando una sentencia donde dice que Chevron es responsable por 9 billones de dólares y debe pagárselos a estas comunidades, y resulta que hay una serie de reglas a las que no me referiré en interés del tiempo.

Pero, nuevamente, aquí viene el tema de por qué esta situación es considerada controversial y hasta un fracaso de todos los sistemas internacionales en materia de resolución de disputas. Había dicho que había esta primera pista, es decir, donde se discutía el tema del retiro de Chevron; sin embargo, ya se había empezado a activar el juicio en Estados Unidos. Bueno, así también se abre una tercera pista. Cuando todavía el caso está en primera instancia en Ecuador, Chevron inicia un arbitraje internacional; un arbitraje de inversión, cuyo propósito es, básicamente, intentar, de alguna manera, bajo el tratado bilateral Estados Unidos-Ecuador, que se le acepten ciertos reclamos sobre violación de trato justo y equitativo, entre otras garantías. Todo esto, basado en el

acuerdo de transacción al que ya me referí, que estaba en esa primera pista que era el retiro de la compañía petrolera de Ecuador.

Se afirma que la decisión de primera instancia, la de Lago Agrio, contravenía ese acuerdo, porque el acuerdo supuestamente exoneraba por completo a Chevron de cualquier reclamo, y se discute, entonces, en el arbitraje, temas sobre la interpretación de este acuerdo y hasta qué punto, efectivamente, impide o no impide que estas comunidades inicien demandas en contra del inversionista.

Lo interesante del caso se da con las decisiones del tribunal. De esta lista que les menciono, voy a hablar de las fundamentales porque decidirán el caso a la larga. Quiero decirles que hay una decisión primera, que ya de por sí inicia la controversia, porque apenas había empezado el caso arbitral, Chevron logra una orden del tribunal que lo que hace en la práctica es decirle a las cortes de Ecuador que no sigan con el procedimiento judicial, lo cual de por sí es un poco inusual en los arbitrajes de inversión, y lo curioso del caso es que esta medida cautelar, luego es convertida en un laudo parcial, con lo cual goza de ciertas capacidades, incluso, de ser ejecutado por la Convención de Nueva York.

Toda esta situación, todas estas victorias estratégicas que va logrando Chevron, de alguna manera van generando una mayor y mayor discusión desde varios puntos de vista, por cierto, muchas de estas discusiones promovidas por quienes defendían la posición de las comunidades. Lo cierto es, y acá con respecto a un caso que está todavía en trámite, no se puede decir mucho más, en realidad ha habido, así como hubo esas medidas cautelares, un laudo parcial; hubo también un laudo parcial con relación a lo que llaman el «Tramo 1» del caso. Porque el caso se divide en dos tramos, el segundo con relación a temas vinculados a denegatoria de justicia, pero el primero más bien se refiere, precisamente, a qué cosa era este acuerdo de transacción y qué representaba.

Lo interesante es que hay una primera resolución en ese «Tramo 1», donde se dice que Ecuador había renunciado, con el acuerdo de transacción, a cualquier reclamo relacionado con intereses difusos, y eso es un tema muy interesante porque la pregunta es ¿qué cosa son intereses difusos acá?

Sin embargo, hay una resolución dentro de este «Tramo 1» que reconoce que esa renuncia de intereses difusos no es una renuncia y no puede serlo, por cierto, a los derechos de los individuos que pudieran tener contra Chevron. Luego, para completar la cosa, en el año 2015, en una decisión en el «Tramo 1.B», el tribunal establece que reclamos como el reclamo de naturaleza colectiva que estuvo en las Cortes de Lago Agrio, al menos algunos de estos reclamos, deberían ser considerados como reclamos individuales; es decir, estarían excluidos de esta situación —que ya había mencionado— del acuerdo de transacción.

Entonces, esto nos deja en una posición bastante interesante. Más o menos, lo resumo de esta manera porque ya no me queda mucho tiempo, se acepta el derecho de reclamar de los demandantes; hay una falta, sin embargo, de un foro adecuado para que las comunidades resuelvan ese tema, el caso en las cortes judiciales de alguna manera está siendo discutido por el propio tribunal y el tribunal está diciendo, además, que no puede darse validez a esta resolución judicial de las cortes ecuatorianas. No obstante, los arbitrajes, como ustedes saben, no incluyen a las poblaciones afectadas. Entonces, si los demandantes no pueden reclamar en las cortes y no pueden reclamar en arbitraje, entonces ¿dónde pueden reclamar? Y, como ya había dicho antes, tampoco pueden reclamar en el país de origen del inversionista; o sea, en las cortes de Nueva York.

Entonces, un poco la situación es que aunque hubiese un derecho a reclamar, y ése es un poco el estado de la situación que se debate hoy día y que preocupa, yo creo, a todos los que nos interesa el derecho internacional, es que como va el arbitraje, podría ser que finalmente acepte, en efecto y de manera definitiva, la posibilidad de que estos reclamos que se llevaron a ese tribunal judicial en Ecuador, sean válidos y

ejecutables y, sin embargo, no acepte —estoy hablando de los reclamos en cuanto a los derechos sustantivos— que ese foro en particular, que el foro ecuatoriano fue el fuero adecuado. Entonces, si el foro ecuatoriano no fue el foro adecuado, el foro de Nueva York no fue el foro adecuado, entonces, ¿cuál es el foro adecuado?, ¿dónde pueden las comunidades que tendrían estos derechos reconocidos, como digo, por estas primeras resoluciones, resolver sus controversias?

Entonces, todo esto ha traído una serie de discusiones sobre, por ejemplo, y lo pongo a manera de hipótesis, pero el tema se ha discutido y se ha escrito sobre el tema ya, debería de alguna manera pensarse en situaciones como éstas, que los nacionales de los Estados, que son parte de los tratados, deberían de tener algún espacio para presentar sus casos, en el propio arbitraje si fuera posible o, más bien, aquí hay de alguna manera una mala comunicación, por decir lo menos, entre lo que son los sistemas judiciales y lo que es el sistema arbitral.

Esta discusión, de alguna manera, es lo que hasta el día de hoy nos deja el caso Chevron, veinte años después de que empezaran las disputas y que, lamentablemente, todavía no puede ser respondida y, la verdad, al paso que va, este caso que tiene una serie de tramos, como digo, y una serie de estrategias procesales de las partes que, finalmente, están llevando a que el caso tomé muchísimo tiempo, podrían llevar a una situación donde se acepte el valor nuevamente de los reclamos de los nacionales del Estado ecuatoriano, en este caso de estas comunidades de individuos; y, sin embargo, como digo, se les prive de un foro. Eso, señores, en mi opinión, es también una forma de denegatoria de justicia.

Entonces, yo creo que hay una situación, el debate seguirá, la verdad se ha escrito muchísimo sobre este caso, y yo creo que para todos eso es una situación que nos compromete me parece, por lo menos, a estudiar, y de alguna manera, a preocuparnos por el sistema, por hacerlo más fuerte y por ver cómo hacer para resolver situaciones como éstas, que no se dan solamente en el caso de Chevron contra Texaco. En

realidad, hay que preguntarse si las soluciones que podrían encontrarse ahí, también podríamos aplicarlas a casos que ha habido en el Perú con compañías mineras, por ejemplo. Y, si alguna vez logramos resolver estos problemas, definitivamente inversiones que no han procedido en el Perú, por ejemplo, en la minería, podrían tener una oportunidad.

Entonces, en eso es en lo que hay que abocarse yo creo, en mirar esto de una manera positiva y buscar una manera en que este tipo de situaciones, como la que se presentó en Chevron contra Ecuador, sean de alguna manera resueltas; ojalá mediante los tratados internacionales o bajo algún tipo de mecanismo que pueda generarse en el futuro.

Muchas gracias.

**SUPERVISIÓN Y CONTROL S.A. vs. COSTA RICA**  
**ALCANCES DEL DERECHO REGULATORIO**  
**EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES**

*Irma Rivera Ramírez\**

Buenas noches. Para mí es realmente un verdadero gusto tener la oportunidad de acompañarlos en esta noche. Me encanta venir a Perú; me encanta estar con ustedes en Lima y les agradezco la bienvenida que me han dado.

---

\* Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, especializada en métodos alternos de solución de conflictos, arbitraje y conciliación en la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Socia de Brigard & Urrutia, consultora y asesora de clientes nacionales e internacionales; ha trabajado en una destacada firma global en Nueva York; árbitro y secretaria de tribunales de arbitraje, presidenta del Comité de Arbitraje de Amcham-Cámara de Comercio Colombo-Americana; docente en postgrados y diplomados especializados en arbitraje nacional e internacional.

Cuando hablamos de arbitraje de inversión, y estamos tocando todos estos temas y estamos revisando jurisprudencia un viernes a esta hora de la noche, yo creo que debemos hacer un poco de memoria de por qué estamos hablando de esto. La razón de esta situación que hoy nos reúne aquí, es porque nuestros países, a principios de la década de los noventas, tuvieron un cambio económico que necesitó que varios de nuestros países ajustaran sus legislaciones y empezaran a firmar tratados para atraer inversionistas. La inversión ha sido entendida para algunos tratadistas como una herramienta que tienen los gobiernos de financiarse para crear progreso; para otros, es una relación simbiótica en virtud de la cual un inversionista llega un país, el país se beneficia; pero, a su vez, el inversionista saca beneficios de esa relación simbiótica.

Esta noche yo voy a tener el gusto de hablarles de una decisión que ha sido tomada este año; es de enero de este año; es un laudo muy reciente y es un laudo que se dicta en Ciadi por un procedimiento iniciado por Supervisión y Control S.A. contra la República de Costa Rica; y, en el contexto de esa decisión que se toma, vamos a revisar algunos temas que son importantes y es cómo el derecho regulatorio o ese poder que tiene el Estado de tomar decisiones, puede ser interpretado en ocasiones como violatorio de los derechos del inversionista. Recuerden que siempre hay una contradicción entre lo que puede hacer el Estado, siempre y cuando no vulnere, no sólo los derechos de los inversionistas, sino también de las personas que son ciudadanos de esas naciones.

La propuesta que les tengo para que tratemos en esta sesión, es la siguiente. Vamos a revisar algunos hechos del caso; vamos a hablar de qué se planteó Ciadi; vamos a ver algunos aspectos del laudo; vamos a hablar un poco del alcance del derecho regulatorio *versus* el arbitraje de inversión; y, al final, ustedes van a encontrar la bibliografía de donde yo saqué la información. Ésta es una discusión eminentemente académica; este laudo lo van a encontrar publicado en la página y, además, no ha sido todavía muy comentado, así que está abierto al análisis que ustedes quieran hacer.

Empezamos con algunos hechos del caso. En el año 1993, la República de Costa Rica inicia un proceso de apertura económica, como seguramente pasó en nuestros países, ¿qué pasa? En el año 1997 firmó un tratado bilateral de protección de la inversión con el Reino de España y, con base en ese tratado de inversión, obviamente, llegan muchas más inversiones al país, y ese país, según los hechos que están publicados, necesita solucionar problemas ambientales, un poco lo que ya hemos tratado.

De los noventa para acá, el derecho cambió y las necesidades van ajustando el derecho, se habla del derecho a un ambiente sano, se habla del derecho a la diversidad, y todos esos derechos tienen que ser protegidos. Entonces, ¿qué sucede? En el año 1998 Costa Rica, aparentemente, tenía unos problemas de contaminación ambiental muy graves, ¿qué hace el gobierno de Costa Rica? Abre una licitación y, con base a ella, busca que se generen estaciones para medir técnicamente los vehículos y saber qué emisión de contaminación estaban produciendo esos vehículos. Se conforma un consorcio que se llama Riteve, y ese consorcio tiene dos integrantes, una sociedad española que es Supervisión y Control, y una sociedad costarricense que se llama Transal S.A.

Primer hecho interesante del caso; se firma el contrato de concesión, dándole a ese consorcio la posibilidad de administrar esas estaciones y hacer esas mediciones. Por alguna razón, hay algunas diferencias en cuanto al contenido; se decreta la anulación, se anula esa decisión de esa firma, de ese contrato, de esa relación; pero, luego nuevamente en el 2001, se saca esa posibilidad de esa prestación de servicios a que sea llevada a concesiones. Nuevamente, en mayo del 2001, vuelve y se firma el contrato de concesión y se establece, como en todo contrato de concesión, un plazo.

Una característica interesante es que esos contratos tenían una cláusula de tarifas, donde se establecía la forma, la metodología y la forma en que esas tarifas deberían irse actualizándose año a año. De acuerdo

con lo que aparece publicado, la tarifa era fija y debía ajustarse año a año; ésas, en teoría, eran las reglas del juego. ¿Qué pasa? En el año 2002, llamémoslas órdenes, porque algunos se llaman resoluciones, otras se llaman decretos; el Estado empieza a proferir una serie de decisiones, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes saca una orden y dice «vamos a aplicar los parámetros y la metodología para fijar la tarifa»; y esa metodología estableció un reajuste de 30%. Ése es el reajuste que se tenía que aplicar con una cantidad de fórmulas que ustedes imaginarán cómo las habrán pactado los técnicos.

Pero, en el 2002 las condiciones políticas y sociales de Costa Rica cambian y hay un cambio de gobierno. Lo que acaba sucediendo es que la gente empieza a quejarse del costo de las tarifas; ese nuevo gobierno revoca esas órdenes que se habían dictado en cuanto a la metodología y los porcentajes; y ¿ustedes qué creen que pasa?; pues disminuyen los porcentajes de remuneración a los que tenía derecho la concesión; no las van a subir, las van a bajar. Y, ¿qué estaba pasando? Siguen sacando decisiones.

Obviamente, el consorcio inicia unas acciones para decir que no está de acuerdo y que anulen esas decisiones; se hacen solicitudes de que se ajuste la tarifa porque empieza a haber una discusión, hay muchos antecedentes ahí de la discusión con relación a la tarifa; le dicen «sí, vamos a ajustar la tarifa». Por alguna razón no se ajusta la tarifa y presenta una especie de solicitud de amparo o de cumplimiento de esa decisión que ya se había tomado.

En el 2003 el gobierno no ha cumplido con ese ajuste; el contrato tenía una cláusula arbitral y éste es un hecho muy importante. Lo que hace el consorcio es activar el mecanismo que tiene el contrato; inicia el procedimiento arbitral. Cuando el tribunal arbitral se instala en el año 2005, se declara incompetente y el conflicto no se resuelve.

En el 2005, además, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes dicta una nueva orden ajustando nuevamente tarifas. ¿Qué hace el consorcio? Solicita la nulidad de esa nueva orden que modifica las tarifas y se empieza a hacer toda una revisión; va al órgano de control supremo; a la corte. La corte dice que esa orden que establecía la forma en que había que ajustar las tarifas está correcta. ¿Se dan cuenta todos los años que llevamos discutiendo el contrato?

En el 2012 se presenta una apelación, se pierde; se intenta una casación, hay unas reglas muy estrictas para la casación y se pierde, porque no se consigue el número de votos necesarios para que el tema sea casado.

Llegamos al año 2011; en el año 2011 el Ministerio de Obras Públicas y Transporte dice «se terminó el contrato, yo ya no sigo con ustedes»; el consorcio solicita una revocatoria de esa terminación de contrato; hay una serie de negociaciones y se revoca esa revocatoria; se vuelve a extender la duración del contrato por diez años más, siguen las negociaciones, se firma un nuevo contrato, supuestamente se llega a un acuerdo en agosto; pero, para consolidar el acuerdo, hay que hacer una publicación y hay que hacer una serie de procedimientos para publicarlo en una gaceta. Y en octubre del 2012, hay un acto que en teoría reforma las normas de tránsito y dicen «esto cambió, ya no es el Ministerio el que toma las decisiones de tarifas, sino ahora es otra entidad; y, además, digamos que el mercado se abre».

Obviamente, esta presentación de hechos es un extracto de lo que presentan las partes, porque ustedes entenderán que es importantísimo leerse todas las posiciones de las partes, pero bueno, esto es, en términos generales, lo que pasa.

Si se dan cuenta, hay una cantidad de decisiones que ha tomado el Estado durante todos los años que dura la relación. Cuando se presenta la demanda ante el Ciadi, Supervisión y Control S.A. inicialmente

presenta varias reclamaciones. En la primera dice que hay un trato no justo y equitativo por incumplimiento del contrato, que hay un trato injusto y discriminatorio al decidir sobre reajustes de tarifas, y que hay violación obligatoria del trato justo y equitativo por la derogatoria de las órdenes de aprobación, publicación y metodología de ajustes.

¿Por qué paro ahí? Porque ellos presentan esta serie de reclamos y, además, dicen que hay denegación de justicia porque no se toman las decisiones relacionadas con lo que era arbitrable; que las medidas que reformaron la Ley de Tránsito cambiaron toda la regulación y que los afectaron y que, además, hay una violación a las normas del trato de la nación más favorecida. Costa Rica contesta y dice «señores, hay falta de jurisdicción» y rechaza todas las pretensiones de la demanda. ¿Qué pasa? ¿Cuál es la decisión de Ciadi? El tribunal arbitral se declara competente, pero el tribunal arbitral no admite la demanda; y ¿por qué no admite la demanda? Se acuerdan de que les conté que el consorcio utilizó los mecanismos internos; fue a arbitraje, presentó demanda, hizo una cantidad de cosas; las hizo, varios de los temas que llevó ante Ciadi; para Ciadi; para los árbitros; ya habían sido fallados por las cortes internas de Costa Rica.

Adicionalmente, un tema que surge dentro del trámite es que varias de las reclamaciones —las últimas que les mencioné—. Esas reclamaciones no habían sido presentadas formalmente con todos los requisitos de lo que se conoce como el período de enfriamiento. Aunque hablemos de arbitraje, el arbitraje tiene reglas; y, si las reglas no se cumplen, pero son importantes para que el procedimiento continúe, puede haber problemas. Entonces, el fondo, la materia no llegó a una decisión de los árbitros porque, simplemente, el tribunal dijo «sí soy competente, éste es el foro; esto fue lo que dijo el tratado; pero resulta, señores, que no puedo admitir la demanda», por estas dos situaciones que les acabo de comentar.

Finalmente, ¿qué les quiero contar? Cuando hablamos de temas regulatorios, es importante que los Estados sean conscientes de la responsabilidad que tienen como Estado, cada vez que se firman esos tratados de inversión suenan muy interesantes, pero hay que conocerlos y entender el grado de responsabilidad que se asume. Siempre van a existir tensiones entre lo que entiende el Estado que puede hacer y la intención o lo que entiende inversionista que es el límite de ese Estado. En la medida en que haya claridad en las negociaciones y que haya coherencia en la relación de esa inversión, posiblemente los conflictos van a disminuir.

Hoy en día está haciendo carrera, para los que les interese este tema, la teoría de los compromisos específicos; caso por caso se revisa a qué se comprometió el Estado, qué protección especial tiene ese inversionista y si ese Estado está violando ese compromiso específico. Es importante recordar que los Estados pueden ser responsables por acciones o por omisiones. Cuando estamos hablando de Estados centralizados, no es necesario que quien tome la decisión sea el ministro, sino una persona en un ente descentralizado puede tomar una decisión que puede posteriormente comprometer la responsabilidad del Estado, dado que si las normas les permiten adoptar medidas y tomar decisiones regulatorias que afecten la inversión bajo el tratado, posiblemente van a comprender la responsabilidad estatal.

El tema de las legítimas expectativas del inversionista es otro tema que se revisa en este tipo de reclamaciones, cuando estamos hablando de la regulación. No todas las legítimas expectativas tienen protección legal, algunas sí y otras no. ¿Qué parámetros podríamos tener en cuenta? ¿Qué era lo que pasaba al momento de hacerse la inversión, qué era lo que coherente y legítimamente el inversionista estaba pensando que podía pasar y que podía prever?

Ahí hay un tema interesante que se está discutiendo, y es el cambio en el tema de la evaluación de riesgos. Para algunos, el riesgo regulatorio es algo que está únicamente en los hombros del Estado, porque

¿quién puede tomar decisiones en ese aspecto? El Estado; otros han dicho «mire, usted es experto, usted está escogiendo dónde pone su dinero», es un riesgo que puede ser compartido y que debe ser estudiado por ambas partes.

Para concluir, el arbitraje de inversión y los conflictos que se puedan derivar de aspectos regulatorios, constituyen temas que van a estar en el día a día de nuestros países, porque desde los años noventa hasta la fecha, el flujo de inversiones que ha llegado a Latinoamérica es gigantesco; el número de tratados de inversión que nuestros países han firmado, si alguien quiere hacer una lista, se van a sorprender, se han firmado muchísimos y cuando uno firma tratados, los tiene que cumplir; pero, también hay una carga importante de los inversionistas de entender el contexto socioeconómico y cultural de los países a los que llegan. Al final, lo que busca la inversión o lo que debe buscar la inversión es generar progreso; y, por eso, los Estados y los inversionistas deben estar listos para implementar y ejecutar reglas limpias y claras para construir un futuro.

Muchísimas gracias.

#### PALABRAS DE CLAUSURA DEL CONGRESO

*Marlene Anchante Rullé*

Bien, finalizamos el XI Congreso Internacional de Arbitraje PUCP con la grata sensación de la tarea cumplida.

Agradecemos su presencia, los esperamos el 2018. Nuestra gratitud a los ponentes nacionales y extranjeros por los conocimientos, por la información, por la experiencia que nos han compartido. Asimismo, muchas gracias al equipo del Centro de Análisis y Resolución de Con-

flictos de la Universidad de Católica; les pido, por favor, que les demos un aplauso por su gran compromiso.

Continuaremos con nuestra tarea de gestionar arbitrajes en forma eficiente y ética, con el apoyo de nuestra Corte de Arbitraje, comprometida y conformada actualmente por los abogados Jorge Avendaño, Alfonso de los Heros, César Guzmán-Barrón, Walter Albán, Luis Alberto Arequipeno y Luis Felipe Bramont-Arias.

Estamos convencidos de que el Sistema de Gestión Ético del Arbitraje PUCP, contribuirá a reforzar la confianza en el arbitraje institucional; y, como siempre, estamos seguros de que sumaremos esfuerzos los árbitros, las partes y los centros de arbitraje; todo ello, por el bien de nuestro país.

Muchas gracias, buenas noches.

ACTAS DEL UNDÉCIMO CONGRESO INTERNACIONAL  
DE ARBITRAJE CARC - PUCP, LIMA 2017  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
SEPTIEMBRE DEL 2018, CON F.M. SERVICIOS  
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA  
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007  
LIMA 33, PERÚ