

**ACTAS DEL XII CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ - 2018**

Volumen 73 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Actas del XII Congreso
Internacional de Arbitraje
del Centro de Arbitraje y
Resolución de Conflictos
de la Pontificia Universidad
Católica del Perú - 2018**

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



ASOCIACION
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PRIVADO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ACTAS DEL XII CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE
ARBITRAJE Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ - 2018**

- © 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
- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, septiembre 2019

Tiraje: 550 ejemplares

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

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

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, 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 2019-12478

ISBN: 978-612-4400-21-6

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	11
Palabras de presentación de Marlene Anchante Rullé	13
Mesa 1: Todos los caminos llevan a la solución. Análisis de los mecanismos de solución de controversias en la contratación pública	17
<i>Gonzalo García-Calderón Moreyra (moderador)</i>	
<i>Gustavo Paredes Carbajal</i>	
<i>Hemmer Alva Neyra</i>	
<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	
<i>Omar Sumaria Benavente</i>	
Mesa 2: Analizando las responsabilidades en la contratación pública	53
<i>Hugo Sologuren Calmet (moderador)</i>	
<i>Roxana Jiménez Vargas-Machuca</i>	
<i>Gastón Fernández Cruz</i>	
<i>Víctor Baca Oneto</i>	
Mesa 3: ¿La muerte de la ejecución en sede arbitral? Análisis de su uso en la práctica	81
<i>Laura Castro Zapata (moderadora)</i>	
<i>Sara Luz Echevarría Gaviria</i>	
<i>Ana María Arrarte Arisnabarreta</i>	
<i>Jorge Ortiz Pasco</i>	

Juan José Garazatúa Nuñovero
Henry Burnett

Mesa 4: ¿Hacer o no hacer? Analizando los deberes de los árbitros 109

José Carlos Taboada Mier (moderador)
Walter Albán Peralta
Roque Caivano
Luis Alberto Arequipeño Tamara

Mesa 5: Pensando en las nuevas soluciones. Analizando el panorama arbitral 131

Alfredo Soria Aguilar (moderador)
Pablo Mori Bregante
Sandro Espinoza Quiñones
Briana Canorio Calderón
Luis Miguel Velarde Saffer
Julio Martín Wong Abad

Mesa 6: ¿Crónicas de una muerte anunciada? Retos del arbitraje de inversión 169

Rolando Eyzaguirre Maccan (moderador)
Alfredo Bullard González
José Daniel Amado Vargas
Eloy Anzola Etchevers
Álvaro Galindo Cardona

Mesa 7: Lecciones aprendidas en el arbitraje con el Estado 199

Mario Castillo Freyre (moderador)
Elvira Martínez Coco
Ricardo Gandolfo Cortés
Enrique Ferrando Gamarra

Mesa 8: ¿Qué puedo hacer para que me crean? La etapa probatoria en el arbitraje	229
<i>Fausto Viale Salazar (moderador)</i>	
<i>Rosario Fernández Figueroa</i>	
<i>Giovanni Priori Posada</i>	
<i>Eric Franco Regjo</i>	
Mesa 9: La hora cero en la ética del arbitraje	259
<i>Ricardo León Pastor (moderador)</i>	
<i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i>	
<i>Ignacio Torterola</i>	
<i>Pedro Claros</i>	
<i>Leysser León Hilario</i>	
Palabras de cierre del congreso a cargo de Silvia Rodríguez Vásquez	291

NOTA DEL EDITOR

El lunes 3 de septiembre del año 2007 se realizó el Primer Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, evento que nuestro Estudio promovió activamente a efectos de que la PUCP contara con un congreso de arbitraje emblemático que congregara notables expositores peruanos y extranjeros.

De esta forma, en septiembre del año siguiente publicamos los volúmenes 5 y 6 de la *Biblioteca de Arbitraje* relativos a las ponencias del citado congreso.

Así, año a año, hemos venido publicando diversos volúmenes que compilan las ponencias de las diversas ediciones del referido evento, el mismo que se viene desarrollando ininterrumpidamente.

Este libro reúne las actas del XII Congreso de Arbitraje de la PUCP que con todo gusto publica nuestro Estudio de abogados.

El congreso contó con la participación de 46 especialistas en 9 mesas de trabajo, las mismas que abordaron diversos temas, todos ellos de vivo interés para el arbitraje.

Así, se debatió sobre el análisis de los mecanismos de solución de controversias en la contratación pública, las responsabilidades en la contratación pública, el análisis del uso práctico de la ejecución de los laudos en sede arbitral, el estudio de los deberes de los árbitros, el panorama arbitral en vista de nuevas soluciones, los retos del arbitraje de inversión, las lecciones aprendidas en el arbitraje con el Estado, la etapa probatoria en el arbitraje y la ética en el arbitraje.

El congreso fue todo un éxito, habiendo contado con la asistencia de alrededor de 300 personas, fundamentalmente abogados y árbitros, y, como no podría ser de otra manera, queremos que tan interesantes exposiciones y debates queden registrados para su consulta por el medio arbitral, tanto en versión impresa como a través del internet. Ése es siempre nuestro propósito cuando reproducimos el material de eventos de tanta importancia como éste.

Para finalizar, agradezco la permanente gentileza de la doctora Marlene Anchante Rullé, directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, directora de la Unidad de Arbitraje del referido centro, por permitirnos, año a año, continuar contribuyendo con el auspicio académico de nuestro congreso de arbitraje y así difundir en el medio profesional el contenido de tan importante evento.

Lima, agosto del 2019
Mario Castillo Freyre*

* 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. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

**ACTAS DEL XII CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
2018**

PALABRAS DE PRESENTACIÓN DE MARLENE ANCHANTE RULLÉ

Buenas noches. Sean bienvenidos a este XII Congreso Internacional de Arbitraje PUCP. Gracias por estar aquí, en su casa la Universidad Católica.

Quiero aprovechar estos breves minutos para darles la bienvenida y utilizarlos para comentarles, brevemente, sobre el trabajo que venimos realizando en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, que es el organizador de este congreso.

En ese sentido, quería mencionarles que el último año ha sido muy intenso para nuestro centro. En razón de ello puedo decirles, también, que el afianzamiento del servicio de arbitraje de la Universidad Católica avanza a paso firme con el nuevo reglamento de arbitraje que entró en vigencia en junio del 2017. La novedad de este nuevo reglamento ha implicado, sin duda, nuevos retos y, por supuesto, nuevos aprendizajes que hemos enfrentado con un equipo de trabajo muy comprometido y con toda nuestra creatividad para transformar dificultades que se han presentado en el campo del arbitraje y convertirlas en oportunidades de mejora.

En tal sentido, deseo compartirles con satisfacción que hace tres meses nuestro centro obtuvo el Certificado ISO 9001-2015, que nos fue entregado por Lloyd's Register Quality Assurance. Esta certificación

tiene como alcance nuestros procesos de gestión de los servicios de arbitraje y también el diseño y los procesos de gestión de los servicios de capacitación que brindamos.

Como algunos de ustedes conocen, recibimos nuestra primera certificación ISO hace seis años y este año 2018 nos hemos acreditado en esta versión del ISO, una versión más moderna, la del 2015, la cual no sólo contribuye a tener una mejor gestión en la eficiencia de nuestros arbitrajes, sino también nos ayuda a ser más eficientes para analizar los riesgos que supone para una institución como la nuestra gestionar arbitrajes.

Sin duda, esta nueva variante de la versión ISO en la que hemos sido acreditados nos ha servido mucho, en el contexto de denuncias de corrupción de arbitraje, para seguir repensando procesos de gestión internos que manejamos y planteándonos nuevos desafíos. Desde el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica seguimos impulsando el compromiso con la mejora continua de nuestros procedimientos para gestionar arbitrajes. En este sentido, sin temor a exagerar, continuamos cada día en el esfuerzo de analizar lo que estamos ofreciendo versus lo que esperan los usuarios del servicio de arbitraje, y cómo hacerlo mejor en beneficio del país.

Pero esta expectativa relativa a la operatividad del servicio de arbitraje no se puede desligar de la ética, de la transparencia y de la integridad. Todo ello forma parte, como decimos en la Universidad Católica, de nuestro ADN. Tanto hacia dentro de nuestro centro como hacia fuera, la ética nos ha guiado desde que nacimos en el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, nos guía y nos seguirá guiando, de acuerdo a los valores de la universidad.

Si bien nos gratifica ser reconocidos en el medio por la coherencia ética de nuestras decisiones y compromisos, sin embargo, somos conscientes de que los tiempos han cambiado en el mundo arbitral peruano

desde el año 2002 en que iniciamos nuestro servicio, y en la actualidad, el arbitraje como mecanismo de solución de controversias está recibiendo fuertes cuestionamientos de quienes dudan de la imparcialidad y ética de los operadores de este sistema.

En tal sentido, hemos aceptado con absoluta convicción el reto de hacer del arbitraje en contrataciones con el Estado un mecanismo transparente, que no se escude en la confidencialidad, porque lo que está en juego en los arbitrajes con el Estado son cuestiones de interés público, que no solamente implican costos económicos para el país, sino costos sociales para los peruanos.

Algo hemos avanzado. Ustedes pueden acceder a través de nuestra página web a todos los laudos de los arbitrajes que se han llevado en nuestro centro donde una parte es el Estado. También podrán conocer ahí quiénes son los árbitros que han llevado estos casos, qué árbitros han sido designados, entre otros. Pero somos conscientes de que hay mucho más que debe ser puesto a la luz cuando se gestionan procesos de arbitraje con el Estado y esperamos que ello sea ampliamente discutido en este congreso.

Por lo pronto, en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica hemos puesto en marcha la implementación del ISO 37001, el cual es un sistema de gestión antisoborno. Es la primera norma ISO de carácter voluntario y certificable, reconocida internacionalmente para la gestión y certificación de la correcta puesta en marcha de un sistema de gestión antisoborno. El alcance previsto para el ISO 37001 será tanto para nuestro servicio de arbitraje como de capacitación. A través del mismo nos fortaleceremos para prevenir, detectar y minimizar el soborno en todas sus formas, a través de un sistema de gestión de riesgos. La auditoría que nos permitirá acceder a dicha certificación ISO está prevista para el primer trimestre del próximo año, luego de lo cual espero poder comunicarles nuestra nueva certificación.

Por otra parte, quisiera también aprovechar este momento para comentarles acerca de otros compromisos que hemos asumido, como el de promover en el arbitraje una mayor equidad de género. Hay mucho que caminar en este sentido. Nuestras estadísticas, por ejemplo, evidencian que, en el 2017, el 72% de las designaciones de árbitros recayeron en varones y el 28% en mujeres.

El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP se ha comprometido a hacer todos los esfuerzos para que esta brecha se acorte y las cifras se equiparen, dando oportunidades a mujeres que cumplan los requisitos para desempeñarse como árbitros de manera eficiente, imparcial y ética. De igual forma, nos interesa crear y dar oportunidades a profesionales jóvenes que se sumen en el compromiso de promover un arbitraje eficiente y ético, acorde con la realidad y a las necesidades urgentes de nuestro país.

No quiero abusar de este breve tiempo que me han dado para darles unas palabras de bienvenida y, antes de terminar, debo hacer mención y agradecer sinceramente a quienes nos apoyan para la realización de este congreso. En primer lugar, la colaboración del Estudio Mario Castillo Freyre. Tenemos también a Forest Partners, como auspiciador *platinum*, a quienes debo agradecer la capacitación que hoy día brindaron a todos nuestros secretarios arbitrales en la temática «Peritaje en los arbitrajes». Asimismo, como auspiciadores *gold*, agradecemos al Estudio Olaechea, al Estudio Osterling y a Alfredo Soria Aguilar, «Arbitraje en contratación pública y privada». Finalmente, como auspiciadores *silver*, a C & C Abogados, Peruvian Young Arbitrators y Tafur Asesores y Consultores. Muchas gracias a todos ellos por auspiciar nuestro XII Congreso Internacional de Arbitraje de la Universidad Católica.

Voy a dar paso ahora, a la primera mesa. Gracias.

**MESA 1: TODOS LOS CAMINOS LLEVAN A LA SOLUCIÓN.
ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CON-
TROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Gonzalo García-Calderón Moreyra¹ (moderador)

Gustavo Paredes Carbajal²

Hemmer Alva Neyra³

Marianella Ledesma Narváez⁴

Omar Sumaria Benavente⁵

Presentador: Agradecemos a la doctora Marlene Anchante por las palabras de inauguración e iniciamos la mesa 1, cuyo tema es «Todos los caminos llevan a la solución. Análisis de los mecanismos de solución de controversias en la contratación pública».

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchas gracias. Ante todo, buenas noches. Primero, agradecer por la duodécima invitación de la

¹ Magíster en Derecho Internacional Económico, socio del Estudio García-Calderón y profesor universitario tanto a nivel pregrado como posgrado.

² Socio de NPG Abogados, magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, especialista en derecho de la construcción, contratación pública y resolución alternativa de disputas.

³ Maestría en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios en especialización en derechos fundamentales, contrataciones con el Estado y derecho procesal, con veintitrés años de experiencia profesional.

⁴ Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magistrada del Tribunal Constitucional; asimismo, se desempeñó como jueza supernumeraria especializada en lo Civil de Lima.

⁵ Maestría en Derecho Procesal por la Universidad del Rosario, doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo por la Universidad de Medellín, Colombia y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Católica, desde la época del doctor César Guzmán-Barrón, quien fue el iniciador, el que propició estos congresos con tanto éxito hasta la fecha. La verdad es que ha habido un avance muy importante en el arbitraje en el Perú.

La primera exposición, básicamente, tiene por objeto analizar el rol de los famosos *dispute boards*, qué pasa con los mitos, las realidades de esta propuesta en nuestro país.

El doctor Gustavo Paredes nos va a explicar cómo ha ido evolucionando este mecanismo de solución de controversias en nuestro país, a la luz de diversas legislaciones, de la asociación pública privada, etcétera, y de la realidad actual. Sin más, los dejo con el doctor Paredes.

Gustavo Paredes Carbajal: Buenas noches, muchas gracias. Quiero agradecer también al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica por la invitación a participar en esta edición número doce del Congreso Internacional de Arbitraje. Siempre es grato compartir con ustedes estas jornadas y, la verdad, no lo venía haciendo desde hace algunos largos años.

El tema que me han pedido que desarrolle es el de la junta de resoluciones de disputas como mecanismo de solución de conflictos durante la ejecución de una obra pública, tema sobre el que, sin duda, se ha escrito mucho y se ha dicho mucho. Yo voy a tocar, básicamente, tres temas muy prácticos que ayuden a tener muy claro cómo opera el tema de la junta de disputas en su relación con el arbitraje y, mejor aún, cómo contribuye en dotar de eficiencia en la gestión de los conflictos en obra pública.

Y uno de los temas por donde debo empezar es por desmitificar, yo diría, si cabe el término, «desestereotipar» la percepción que se tiene de la junta de resolución de disputas como si fuera una justicia de segunda. Ciertamente, la junta de resolución de disputas no es jurisdicción, pero

no se necesita que sea jurisdicción para que funcione. Para que las juntas de resolución de disputas funcionen se necesita que sus decisiones se cumplan, y para que sus decisiones se cumplan se necesitan, básicamente, dos cosas: uno, cláusulas contractuales o disposiciones regulatorias, que están tanto en la Ley de Contrataciones, en su Reglamento y en su directiva, para desincentivar el incumplimiento; y, por otro lado, se necesita también del arbitraje, que es el foro de atracción de las discusiones o las controversias, para ejecutar sus decisiones.

Como ustedes bien saben, el Perú es actual referente normativo en la región, porque incorporó el tema de la junta de resolución de disputas en la regulación de las APP y, en materia también de obra pública, en los contratos estatales. Y esto nos pone, sin duda, en la vanguardia de la gestión de conflictos; pero, además, la región está muy a la expectativa de lo que va a suceder con nuestra experiencia y, de hecho, como Santo Tomás decía, «Ver para creer». Uno de los proyectos más emblemáticos hoy en nuestro país, que es la construcción de toda la estructura de los Juegos Panamericanos, va a poner a prueba la eficacia de esta junta de resolución de disputas, en este sistema de gestión conflictual, estructurado bajo los formatos contractuales británicos NEC.

Los tres temas prácticos que voy a desarrollar son los siguientes. Primero, el arbitraje no es instancia de revisión de una decisión y esto tiene que quedar muy claro. El arbitraje, señores, no actúa como una segunda instancia de revisión de las decisiones de la junta de resolución de disputas; en este contexto, en este sistema de gestión, no existe instancia de revisión, y es un error entenderlo así. Jurisdiccionalmente, el arbitraje es y seguirá siendo instancia única, lo que se somete a arbitraje, entonces, no son las decisiones que emite la junta de resolución de disputas, sino son las controversias que subyacen en aquélla. Una vez que una de las partes notifica a la otra su desacuerdo con una decisión total o parcial, entonces, el árbitro entra a conocer la controversia. El estándar internacional es que las decisiones, para los efectos prácticos, desaparecen y esto debe quedar claro, porque el Reglamento de la Ley

de Contrataciones pareciera ser que promueve la confusión, y yo diría, quizás, un poco más atrás, la propia ley también.

Voy a mostrar el artículo 212.5 del Reglamento, que describe correctamente lo que se somete a arbitraje, cuando dice que lo que se somete a arbitraje son las controversias. Pero ahora fíjense cómo el artículo 213 del Reglamento describe bajo el epígrafe siguiente, la discusión, dice: «Sometimiento a arbitraje de una decisión de la Junta de Resolución de Disputas», y en el numeral 213.3 replica que el sometimiento a arbitraje será de las decisiones de la junta de resolución de disputas. Entonces, esto es un error conceptual, en realidad, esto es un error conceptual que degenera el procedimiento.

El trabajo de los árbitros es conocer y resolver definitivamente la controversia y no analizar el contenido ni el razonamiento de la decisión, y esto, pese a esta clara confusión promovida, ha sido aclarado por la Directiva n.º 020-2016. Si ustedes revisan el segundo párrafo del numeral 7.19, claramente dice: «En caso que la controversia sea sometida a arbitraje, el árbitro único o el tribunal arbitral tendrán facultades —yo diría, tendrán la obligación— para revisar, cuestionar y decidir sobre las controversias, sin estar vinculado o restringido por la decisión emitida por la junta de resolución de disputas». Así tiene que ser interpretado. En conclusión, señores, el arbitraje resuelve la controversia y no revisa la decisión de la junta.

Segundo tema, que la junta de resolución de disputas propende a la gestión de un único arbitraje, y esto es relevante. Las decisiones de la junta de resolución de disputas durante la ejecución de una obra, promueven la gestión de un único arbitraje multicontroversial, es decir, muchas discusiones al mismo tiempo, y así lo dice el artículo 213.3, verán que lo único que va a existir en este nuevo escenario de discusión es un único arbitraje.

Entonces quizá con el doctor Alva ya luego discutiremos un poquito mejor, y a profundidad, sobre si incorporando este mecanismo ya no existirán obras, por ejemplo, de mejoramiento y de rehabilitación de carreteras que tengan quince o veinte arbitrajes, sino uno sólo, luego de la recepción de la obra, y esto contribuye a dotar de eficiencia la gestión de conflictos.

Entonces, el sistema, incluyendo a la junta de resolución de disputas, está orientado a que aquel conflicto no paralice en absoluto la obra pública y que concluya ésta y se reciba a tiempo, logrando cautelar dos cosas: primero, los flujos del contratista para poder lograr concluir la obra a tiempo; y, por el lado del Estado, maximizar el rendimiento de la inversión pública en términos de oportunidad y eficiencia.

El desacuerdo, que es opuesto a cada una de estas decisiones emitidas, obligará, entonces, a las partes siempre a hacer un análisis de costo-beneficio para someter a arbitraje aquellas controversias vinculadas a estas decisiones y, en especial —yo diría, obligatoriamente—, al Estado.

El numeral 213.4 señala claramente que el Estado está obligado a realizar análisis bajo criterios de costo-beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos para recurrir a la vía arbitral. Entonces, lo que ustedes pueden ver a partir de esto es que la junta de resolución de disputas ha venido a cambiar la manera de resolver los conflictos.

Hoy las partes, los abogados, y también los árbitros, deben prepararse para gestionar un solo y único arbitraje y cuya complejidad va a tener que estar marcada por el número de controversias que serán sometidas a arbitraje. Y, en este contexto, señores, la pregunta que surge es ¿cómo hacer arbitrajes eficientes?

Tercero, la participación de la junta de resolución de disputas en el arbitraje. Y esto es relevante porque aquí hay un cuestionamiento, en el sentido de ver cuán útil puede ser la junta de resolución de disputas en

un arbitraje, es decir, si los miembros de la junta de resolución de disputas pueden prestar testimonio experto en un arbitraje o, finalmente, si sus decisiones pueden ser utilizadas como prueba documental para acreditar la certeza de determinados hechos. De hecho, esto lo vamos a analizar en el contexto del artículo 213.1 del Reglamento, que claramente dice que en el arbitraje correspondiente, la junta de resolución de disputas no forma parte del proceso.

Ciertamente, las juntas de resolución de disputas no son parte demandante ni pueden ser parte demandada, porque no constituyen ningún centro de interés opuesto a otro, eso es lógico. Lo que parece ser el direccionamiento de la norma, es si se puede excluir o no a la junta de resolución de disputas como un elemento de prueba.

Y aquí el tema es interesante, pero también debatible porque hay circunstancias en las que los escasos registros contemporáneos que se pueden dar en la ejecución de un proyecto de obra pública van a requerir de elementos de prueba y uno de los elementos de prueba naturales que se pueden dar en la ejecución de una obra pública, justamente, es la decisión de un adjudicador, quien, además, dicho sea de paso, es testigo natural y neutral de lo que sucedió en el proyecto.

En mi opinión, la exclusión como elemento de prueba de las juntas en un arbitraje depende mucho de la regulación y del acuerdo de las partes.

Por ejemplo, fíjense, la Ley de Contrataciones del Estado y, especialmente, la Directiva n.º 020-2016, en la cláusula 4 del modelo de contrato tripartito, señala claramente que no se designará a un miembro de la junta como árbitro, ni tampoco podrán ser llamados como testigos, pero no se dice nada respecto de la prohibición que existe de presentar una decisión como elemento de prueba documental.

Si han revisado el reglamento del centro de la Universidad Católica, con relación a la junta de resolución de disputas existe una prohibición clara respecto al tema y dice que los miembros de la junta no pueden ser árbitros, testigos expertos, consejeros, salvo pacto en contrario.

En el estatuto de The Dispute Resolution Board Foundation, lo único que se dice es que no pueden ser testigos, pero no señala nada con relación a la prueba documental.

En el reglamento de la ICC solamente se dice que no pueden ser expertos, asesores ni árbitros, no se dice nada sobre la participación como testigo ni de la prueba documental.

En el Libro Rojo Fidic no existe prohibición respecto a la participación como testigos y como prueba documental.

La pregunta, entonces, que se discute es: ¿cuál es el alcance de esta restricción normativa? Por tanto, éste será el tema objeto de discusión futura.

Con esto espero haber cumplido el cometido de relevar la importancia práctica que tiene la junta de resolución de disputas en su relación con el arbitraje y así contribuir en algo con el debate que este congreso debe proponer, para que la agenda del país avance siempre hacia el camino correcto de la eficiencia en la contratación estatal, el incentivo de la contratación y la reducción de la gran brecha de infraestructura que tiene el Perú. Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Gracias, Gustavo. Con cargo a que luego de finalizadas las exposiciones tengamos un breve intercambio de posiciones; sin duda, la junta de resolución de disputas quiere ser un actor importante y, como lo ha mencionado el doctor Paredes, ahora es el hermano menor del arbitraje, pero quiere convertirse en el hermano mayor en algún momento o quiere convertirse, en un futuro,

en un mecanismo de solución que efectivamente sea igual de eficiente, como en la práctica está sucediendo hoy con el arbitraje.

Y dentro de esa misma línea del debate de las exposiciones del día de hoy, son otros mecanismos que también son considerados como hermanos menores del arbitraje, entre ellos, la conciliación. Y el doctor Alva nos va a explicar cuán cierto es ello, es decir, hoy el Estado peruano ha invertido muchísimos esfuerzos en promover la conciliación, tanto intraproceso como extraproceso, incorporándola desde hace muchos años al interior del proceso ordinario y en la práctica, no desde el punto de vista laboral o desde el punto de vista de familia, pero desde el punto de vista civil no ha tenido eficiencia.

Realmente los casos solucionados a través de la conciliación, según diversos estudios, son muy pobres e igual sucede en la contratación del Estado, y eso, aparentemente, se quiere modificar, y es lo que el doctor Alva nos va a explicar ahora con la modificación de la ley y cuán real es que, efectivamente, el Estado, los procuradores, los funcionarios y los titulares del pliego se involucren en aceptar firmar un acuerdo conciliatorio y que el riesgo de que papá Estado, a través de la Contraloría luego no les jale la oreja y les diga: «¿por qué firmaron una conciliación?»; «¿por qué cedieron intereses o derechos subjetivos que el Estado tenía o quería tener?», y no se vean inmersos en una problemática de denuncias penales luego.

En consecuencia, toda esa problemática interesantísima que acabo de comentar la va a mencionar y explayar el doctor Alva. Le dejo el uso de la palabra.

Hemmer Alva Neyra: Muchas gracias. Buenas noches, agradecido también por la invitación del centro para que esta noche pueda presentarles la ponencia «Análisis de la conciliación como posibilidad de solucionar una controversia. Una mirada estatal».

Efectivamente, se nos encarga esta ponencia en calidad de integrante de este sistema denominado Sistema de Defensa Jurídica del Estado y en el desarrollo de nuestras actividades tenemos alguna vinculación con la responsabilidad de enfrentar procesos arbitrales día a día desde el cargo que ejercemos en la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

A modo de preámbulo vamos a señalar y, es conocido por todos nosotros, que en las escuelas de derecho de nuestro país se nos forma con una conducta adversarial, desde el primer día que vamos a la facultad de derecho para enfrentarnos al otro, a demostrar quién tiene las mejores pruebas y quién tiene las mejores condiciones para poder salir victorioso dentro de una controversia jurídica o una incertidumbre jurídica. Es decir, es una enseñanza que nos lleva, nos motiva, a estar preparados siempre a enfrentarnos en un proceso, dentro de un juicio. No hay una formación desde el inicio de la carrera, que nos permita llevar a cabo una negociación, una conciliación, adentrarnos un poco al sistema este de los principios y de los razonamientos que guían el procedimiento de una conciliación. Es una relegación que se hace desde las universidades, no hay un curso obligatorio en muchas de ellas, en el que se pueda enseñar a los alumnos a tomar posición frente a una controversia y que nos pueda llevar a negociar ciertos derechos disponibles y arribar a una posible conciliación.

Entonces, cabe formularnos, en este sentido, la siguiente pregunta: ¿cuál es el perfil del abogado que se está formando en las facultades de derecho? Una respuesta a esta pregunta es de vital importancia dado que los abogados que formamos serán los funcionarios que más adelante van a tomar decisiones trascendentales frente a los diferentes procesos en los que existe una posibilidad de conciliar. ¿Cómo un funcionario puede tomar importantes decisiones si en la etapa de formación no se le enseñaron las herramientas necesarias para dar solución de manera efectiva a una litis, si solamente en la etapa de formación universitaria les hemos enseñado a conseguir los elementos probatorios para demostrar

determinada posición, determinado derecho y que una persona independiente e imparcial resuelva respecto de una posición frente a la otra y no sumergidos dentro del ámbito de una negociación?

Entonces, corresponde tomar medidas urgentes. Primero, revalorar la importancia de la conciliación a fin de que los futuros ciudadanos desde los primeros años, incluso, desde la formación escolar —y esto lo consideramos así—, en los colegios debe ya hablarse de la cultura de la conciliación, se les inculque esta cultura de paz y la importancia de la conciliación; asimismo, en las diferentes facultades de derecho debe repensarse la integración dentro de la malla curricular de los cursos de conciliación como materia obligatoria.

Luego de este preámbulo, ingresemos un poco al tema de fondo. La Ley n.º 30225, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1341, ¿qué nos dice el artículo 45.5?, nos dice: «La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos».

Bien, estamos en materia de contrataciones del Estado, si vamos a ir a un centro de conciliación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la mayoría de nosotros ha ido a un centro de conciliación y ha encontrado conciliadores que son especializados en materia civil, en materia laboral o en materia de familia, que tienen el mayor número de profesionales dedicados a la conciliación. A la fecha no creo que existan muchos profesionales conciliadores que puedan tener una especialización en materia de contrataciones del Estado y al sentarse en una mesa para escuchar una posición de un contratista frente a un representante del Estado, que va a resolver una controversia derivada de un contrato, tiene que tener un conocimiento un poco más desarrollado que cualquiera respecto de las contrataciones del Estado. Entonces, aquí lo que necesitamos es ir formando profesionales conciliadores que se puedan especializar en la contratación estatal.

Luego, viene el segundo punto que hemos desarrollado acá, que el arbitraje institucional se realiza en una institución arbitral acreditada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Aquí, quiero señalar lo siguiente, a la fecha, todavía el OSCE no ha concluido esta tarea de acreditar las instituciones que van a intervenir en los arbitrajes institucionales; es urgente.

En el lado de la defensa del Estado nos encontramos frecuentemente en situaciones en las que necesitamos designar o señalar un centro de arbitraje que sea acreditado por el OSCE y aún no lo tenemos, tenemos que entrar en negociación directa con el contratista y muchas veces eso es difícil y terminamos cediendo uno o el otro, para derivar esas controversias, generalmente a un arbitraje *ab doc*.

Dice la misma disposición, en el segundo párrafo, que la entidad debe proceder a realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo, 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.

Nos parece importantísima esta disposición innovadora, nos parece que están detallados, precisados, en este párrafo todos esos valores que deben tener en cuenta los funcionarios de una entidad para, de manera previa a un arbitraje, poder evaluar la posibilidad de ir a una conciliación en donde puedan resolverse las controversias. El análisis de costo-beneficio, el tiempo de duración del arbitraje, los costos que va a generar este arbitraje y las materias comprendidas dentro del arbitraje son aspectos que tienen que formar parte de un análisis por parte de los funcionarios mediante la emisión de un informe técnico.

Y nos dice, además, que constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral, cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede, es decir, si desde un principio tú, funcionario del Estado,

estás advirtiéndolo que el resultado del proceso arbitral muy probablemente sea adverso a la entidad, entonces tienes que meditar, analizar, proponer la medida más adecuada para no arribar a un arbitraje, bajo responsabilidad funcional.

Aquí un poco es que vamos a señalar que existe una falta de cultura a la que he hecho referencia al inicio de mi exposición por parte de los funcionarios, porque no es fácil que un funcionario público pueda tomar una decisión sobre un tema controvertido donde se ven involucrados altos intereses patrimoniales de la entidad. Más adelante vamos a señalar los aspectos que constituyen incentivos y los que son desmotivadores, respecto a la posibilidad de arribar a una conciliación.

Quiero señalar que en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, también en el artículo 183.2, se señala algo importante, que el titular de la entidad o el servidor en quien éste haya delegado; esta parte de la delegación me parece importantísima. ¿Qué es lo que está ocurriendo a partir de la vigencia de esta ley? Al inicio de cada año, los titulares de la entidad emiten la resolución ministerial delegando facultades porque, obviamente, el titular del sector, sea el ministro o sea el director o cualquier otro funcionario, no está involucrado directamente en estas decisiones y delega las facultades, pero ¿en quién las está delegando? Está delegando la facultad de evaluar esta posibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio en los procuradores y, desde nuestro punto de vista, el procurador no puede tomar una posición respecto a una controversia surgida de un contrato en el cual no ha participado.

Consideramos que debe involucrarse en la toma de esta decisión, en la emisión de un informe técnico, como se señala al final de este párrafo, al área usuaria, al área que estuvo directamente vinculada con el contrato, con participación sí del procurador, porque el procurador está ahí ¿para qué?, para los efectos de viabilizar la posibilidad de la conciliación, evaluar si es viable o no, pero no para emitir un informe técnico en el que establezca cuáles fueron las condiciones del contrato y por qué

se llegó a esta controversia. Entonces aquí el trabajo lo debe desarrollar un equipo constituido por el área usuaria y el procurador público; no obstante, como he señalado, se está delegando solamente esta responsabilidad en el procurador público.

Entonces, el análisis que hacemos es que estas disposiciones han generado una nueva situación, una situación que merece que dentro del aparato estatal podamos desarrollar capacidades, estructuras funcionales para poder encontrarnos en las mismas condiciones que la otra parte, los contratistas, a efectos de poder sentarnos en una mesa, negociar y arribar a una conciliación.

Debe tenerse en cuenta también los costos económicos que se generan por la no ejecución de los contratos que derivan generalmente en un arbitraje, el costo de esta controversia no solamente está referido al ámbito patrimonial que involucra el contrato, sino a unos costos generales que son asumidos para la sociedad, porque cuando se contrata la realización o la construcción de una obra referida a un puente, a una carretera o a una autopista está involucrado no solamente el ámbito patrimonial del contenido del contrato, del monto contractual y de los financiamientos que se van a dar, sino que también están incluidos dentro de esta perspectiva los intereses de la sociedad, el interés primero del Estado de generar mejores condiciones de vida para los pobladores de determinadas zonas y las expectativas de estos pobladores para ver cumplidas estas obras, para tener alcance al bienestar que éstas generan. Entonces, el costo que genera el no arribar a una conciliación y llegar a un arbitraje no solamente involucra el ámbito patrimonial del contrato, sino también los altos costos que se generan a la sociedad y que se mantienen a un nivel que no permite el desarrollo del Estado.

¿Qué nos dice la experiencia legislativa? Desde la Ley n.º 26850 se dispuso que todas las controversias surgidas entre un contratista y el Estado deberían resolverse a través de la conciliación extrajudicial o del arbitraje, sin embargo, los resultados no han sido muy auspiciosos. Te-

nemos que la conciliación y el arbitraje no han tenido la misma suerte, ha habido a la fecha diferencias en los resultados, mayores resultados en el arbitraje. Quiere decir que la mayoría de contratos se han derivado a un arbitraje y muy pocos han sido sometidos o han sido solucionados mediante una conciliación. Esto, porque no se han encontrado mayores incentivos o ventajas para ir a una conciliación.

Existe un informe de la Contraloría, denominado «El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003 al 2013», donde analizaron que en dicho periodo se dictaron 2796 decisiones arbitrales y en donde sólo el 3% de estas culminó o dio por finalizada la controversia, mediante un acuerdo conciliatorio, es decir, del 100%, el 3% de causas o de procesos arbitrales se ha visto solucionado mediante un acuerdo conciliatorio.

Ahora, con la Ley de Contrataciones vigente, la Ley n.º 30225 y su Reglamento se han implementado estas nuevas condiciones que pueden llevarnos a la conciliación, a la junta de resolución de disputas o al arbitraje institucional, de tal manera que pueda someterse a éstos, conforme al acuerdo de las partes. Se pensó que al incorporar la conciliación y el arbitraje se reduciría en parte la carga procesal de la jurisdicción ordinaria; sin embargo, esto no está acreditado a la fecha; por el contrario, se ha visto incrementado el número de procesos arbitrales.

Se está buscando mediante estas medidas legislativas tratar de persuadir de que la conciliación es un mecanismo viable, alternativo en el que podemos llegar a soluciones integradoras.

Para terminar, brevemente, la conciliación también depende de la naturaleza del conflicto, no es fácil conciliar dentro de una controversia derivada de una contratación del Estado. ¿Por qué razón? Se presentan supuestos, por ejemplo, en los que el contratista, mediante el procedimiento de conciliación, quiere incorporar materias que no son arbitrables, supuestos que, obviamente, el funcionario público no puede acep-

tar; y, el segundo supuesto está dado por aquellos casos en los que los contratistas incrementan los costos o las pretensiones que podrían llevar a un arbitraje con la finalidad de que, una vez negociado, se reduzcan éstos y se pueda obtener un resultado óptimo favorable a sus intereses.

Éstos son elementos que constituyen una mala práctica y, finalmente, son desmotivadores desde el punto de vista arbitral para efectos de la solución de las controversias.

Bueno, ya se ha dicho algo respecto a los procesos civiles en la introducción de mi presentación, solamente basta señalar que no ha habido una insistencia en este tema. Hay un proyecto de modificación del Código Procesal Civil que ya torna una posibilidad facultativa ir a la conciliación de manera previa al proceso judicial. Entonces, tenemos un panorama en el que tanto en la materia de contrataciones del Estado como en materia civil la conciliación se está volviendo en un mecanismo facultativo. Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchas gracias, doctor Alva. Hemos escuchado, entonces, la perspectiva de la conciliación en materia de contrataciones.

Insisto en lo que comenté, y será materia seguramente de una breve discusión si nos alcanza el tiempo, que es que en la práctica el procurador va a tener que tomar una decisión, y lo vemos permanentemente en nuestro país todos los que estamos involucrados en materia arbitral, y ahora va a suceder exactamente igual cuando haya elecciones municipales, regionales y, en su oportunidad, elecciones generales, que las nuevas autoridades pretendan impugnar los acuerdos adoptados con anterioridad, con lo cual si un procurador firma una conciliación, el gobierno siguiente va a querer solicitar la nulidad de esa conciliación y, en consecuencia, se va a generar un caos.

Y, además, lo que comenté, y quería en su oportunidad pedirle que me conteste al doctor Alva, si es que los procuradores se sienten empoderados para firmar una conciliación sin el temor luego de que Contraloría diga «¿por qué realizaste ese acuerdo?», si es que se ha perjudicado al Estado, por más análisis de costo-beneficio y por más documentación que se presente. Pero, en fin, vamos con nuestra tercera panelista, que es por todos conocida, la doctora Marianella Ledesma, que nos va a hablar sobre el hermano mayor, sobre el arbitraje, desde la perspectiva de una procesalista que ahora es miembro del Tribunal Constitucional, cómo ve el arbitraje, a la luz de la realidad actual, no en materia de arbitraje privado, sino en materia de arbitraje con el Estado. Dejo con ustedes a la doctora Ledesma.

Marianella Ledesma Narváez: Muchas gracias. Tengo que empezar esta intervención no sólo agradeciendo, sino felicitando a los organizadores, a César Guzmán-Barrón, quien inició esta gesta de convocar a los interesados en los temas alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje y la conciliación, y la posta que sigue en la dirección de la licenciada Marlene Anchante. Mis felicitaciones y, sobre todo, de manera muy especial, a Marlene, porque nos ha dado una muy buena noticia, de la cual yo me complazco, que es que este centro va a impulsar la incorporación del elemento femenino, para que las chicas que se forman en las universidades, abogadas, formen parte del *pull* de árbitros del centro. Es una medida de avance, yo saludo, felicito y ojalá que sea todo un éxito la labor profesional de las mujeres que se incorporarán pronto al arbitraje.

Bueno, me ha tocado el tema vinculado al arbitraje estatal y darle una mirada crítica a este instrumento que nos acompaña, ya por décadas, en el manejo sobre todo de la solución de los conflictos derivados de la contratación estatal; y, dentro del tiempo que se me ha asignado debo decir algo que, por lo menos, nos presente una mirada crítica de ello.

He querido focalizarme en cuatro ideas y trataré de enfocarme en eso. La primera idea que quiero compartir con ustedes está vinculada a lo que llamamos la transparencia y eso es algo también que, antes de ingresar al evento, decíamos: «¿El arbitraje estatal tiene la misma lógica que el arbitraje privado, del arbitraje que se maneja a través o comúnmente de las reglas del Código Civil?», y desde ya tenemos que señalar, como también ustedes advierten, que el arbitraje estatal tiene una peculiaridad, tiene una especialización, tiene una mirada diferente al arbitraje privado, porque lo que los diferencia va a ser sus fines. La contratación estatal enarbola un fin trascendental y ese fin trascendental es generar un bienestar, repercutir un bienestar en la vida de todos nosotros, los ciudadanos. Por algo el Estado va a contratar con los privados, para generarnos ese beneficio en todo aspecto al que nosotros podamos aspirar, mejores carreteras, mejores puentes, mejores colegios, bienestar común.

Entonces, si estamos sosteniendo que hay una finalidad pública, desde ya este instrumento que va a romper o que va a, de repente, poner fin a este tema de conflictos, tiene que tener algo que lo diferencie. Entonces, tengo que poner énfasis en que eso que lo va a diferenciar, desde el arbitraje estatal, es la finalidad hacia la cual este instrumento va a estar dirigido.

En ese sentido, y en aras de esa finalidad, una de las reglas que rige el tema de las contrataciones públicas es la publicidad, como parte de la transparencia y de lo cual todos los ciudadanos tenemos también el deber de controlar cómo se gasta, cómo se realizan esos gastos y cómo va a ser ello.

En el tema arbitral, cuando se emiten los laudos, siempre se ha sostenido «Pero el arbitraje es un tema privado y no puede publicitarse». Esa idea ya fue porque no se sostiene. Hoy, los arbitrajes, los laudos, se deben colgar —en el sentido figurado, de colgarse en la página web de la OSCE— para hacer de mayor accesibilidad la información que

contienen los laudos. Yo sé que el OSCE está también trabajando en ello y hay, inclusive, directivas que se han dado para que los árbitros, técnicamente hablando, suban los laudos al sistema; sin embargo, la gran deficiencia que se encuentra es que esas medidas no son del todo eficaces, porque no todos los árbitros cumplen con esa posibilidad de subir los laudos a la web.

¿Por qué es importante tener acceso a esos laudos en el tema del arbitraje estatal? Porque me va a permitir dos cosas. Uno, no sólo el tema de la transparencia, que cualquier ciudadano puede entrar a la página web y tener información sobre quién laudó, sobre qué ha laudado y en qué sentido ha laudado, sino, además, para conocer al árbitro que laudó y si a partir de esta decisión que tomó en un hecho concreto, en resolver un caso concreto, va a tener también la misma respuesta en futuros casos que se tengan que dar. Lo que estoy diciendo nos va a permitir construir lo que es una seguridad en todo sistema jurídico, que es hablar de la seguridad jurídica, que debe acompañar, que debe darse a través de lo que se califica como predictibilidad. En tanto yo no permita el acceso a esa información, voy a esconder al árbitro, a lo que resolvió y en qué sentido resolvió y estoy limitando la información, inclusive, a las futuras personas que quisieran tomar los servicios o designar a un árbitro de esas características.

Ése es un elemento central en una contratación pública y, sobre todo, en un tema de arbitraje estatal hacia donde deberíamos apuntar para mejorar el arbitraje en estas dimensiones: transparencia, accesibilidad, construcción de jurisprudencia que permita trabajar una predictibilidad en situaciones similares a las que debería responderse.

Un segundo punto que quisiera compartir con ustedes está vinculado a la idea del deber de información que deben tener los árbitros cuando participan en el arbitraje. Claro, hay el deber subjetivo que tiene un árbitro de informar sobre las posibles incompatibilidades con las partes, para de repente destruir la posibilidad de sospechar de una parcialidad.

Es verdad que la Ley de Contrataciones en el artículo 45.10 hace referencia al deber de informar y a que ese deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. Hasta ahí está perfecto; sin embargo, los efectos que se van a tener en cuanto a la información que yo traslado, en el momento que lo haga, van a tener un impacto totalmente distinto, porque no es lo mismo que yo traslade una información cuando recién se instala el arbitraje y, de repente en el camino, antes de laudo, diga que tengo una incompatibilidad con una de las partes, a que yo sostenga esa información luego de haber laudado, luego de haber emitido un laudo, y la gran pregunta es ¿cómo contrarrestar esta situación?

Estoy hablando de situaciones que de repente podrían llevar a una circunstancia que para algunos podría ser muy subjetiva y que quiero compartir con dos casos concretos que me tocó conocer, no como árbitro, sino de manera indirecta. Uno es que el árbitro era muy cercano a uno de los abogados de una de las partes, con el que jugaba fútbol hace varios años; eso no es una causal de impedimento para no participar en un arbitraje. La otra es que algunos años atrás coincidieron en una fiesta de Año Nuevo, pasaron el año nuevo de maravilla, pero luego de muchos años, hoy le tocó ser árbitro y a la otra persona le tocó ser abogado de una de las partes. Esa omisión, ese deber de no haber dicho que pasó el Año Nuevo hace varios años atrás o que de repente hace varios años jugaba partidos de fútbol con el abogado de una de las partes, en su momento se planteaba la situación de qué efectos tiene trasladar esa información cuando en el arbitraje ya se emitió un laudo.

Esa información es sensible para construir el tema de confiabilidad que uno debe tener, sobre todo a un tercero al que le va a transmitir el poder para que defina la historia de este conflicto. Pero mi intervención viene a colación de este tema porque si bien la ley dice que el deber de informar está a lo largo de todo el proceso, los efectos son totalmente diferentes y los mecanismos para contrarrestar esos defectos son muy reducidos. Algunos dirán «Bueno, si luego de que se emitió el laudo yo me enteré de que era, de repente, la persona con la que jugaba fútbol,

y no dijo esa situación, ¿tendrá una implicancia para lo que se decidió, para el laudo?». Entonces, frente a ello, yo planteo lo siguiente opinión.

Considero que por más que haya jugado fútbol con el árbitro, si es que la decisión ha sido adversa con el *partner* de fútbol, no tendría mayor implicancia porque no ha tenido ningún efecto nocivo, pero si más bien la decisión ha sido favorable con el que jugaba fútbol hace años y que mantuvo en privacidad o en reserva, sí justificaría una posibilidad de preocuparnos por saber hasta qué punto este árbitro fue imparcial o no al momento de decidir y, más aún, preocuparnos por cuál sería el mecanismo que tendríamos que utilizar para cuestionar un laudo, cuando recién yo me entero que el árbitro tenía la cercanía en estas dimensiones con una de las partes.

Entonces, ahí tal vez podríamos recrear una mirada de los alcances del recurso de anulación para permitir la revisión por la afectación a la imparcialidad que debería tener un árbitro. Lo dejo nada más como un mero tema de reflexión, en lo que se refiere a mi participación.

Tercera situación en el arbitraje estatal. Como empecé señalando, el arbitraje tiene peculiaridades muy propias por los fines que quiere alcanzar, y nos preguntamos si será suficiente que quien tenga la misión, el poder para resolver los conflictos de contrataciones estatales, que conozca de arbitraje, de contrataciones del Estado, de derecho administrativo califica para ser un árbitro *ad hoc* que pueda definir contrataciones, inclusive, de altas trascendencias económicas. Entonces, considero que ése debe ser un punto que debería ajustarse más no sólo a las especialidades, sino también a la experiencia que el árbitro deba tener en el manejo del arbitraje. La experiencia juega un papel fundamental y mil veces preferimos tener árbitros reducidos, especializados, pero con una gran experiencia en el manejo de contrataciones del Estado.

Por último, plantearnos lo que decía al inicio del evento, decíamos. «Y bueno, ¿cuál es la mirada que se da desde el Tribunal Constitucio-

nal?», en el cual coyunturalmente estoy laborando, ¿qué se puede decir desde el ámbito de la justicia constitucional sobre el arbitraje, sobre todo, el arbitraje estatal? Yo tendría que compartirles, más que decirles, los efectos de una decisión, que en unos minutos voy a leer, pero sí decirles algo en concreto. Nosotros nos desarrollamos en un modelo de Estado constitucional donde, como se repite una y otra vez, no hay zonas exentas de control, ni siquiera el arbitraje e, inclusive, el arbitraje estatal en ejecución es posible ser controlado a través de un proceso constitucional, llámese un amparo. No es una novedad lo que digo, eso ya ha sido sostenido tal vez no como un precedente vinculante o una regla de esos estilos, pero sí en criterios que ya se han reafirmado a lo largo del tiempo.

Quiero referirme al Caso n.º 08448-2013, que es el caso promovido por un procurador del Estado, el procurador del Ministerio de Educación, el caso es Octavio Olivo García, un proceso arbitral que de repente no pudo ser controlado a través de un recurso de anulación, pero que la ejecución sí generaba situaciones de conflicto. Entonces, este procurador planteó el amparo y el tribunal señaló en el fundamento 11, lo siguiente: «Cuando se emite una resolución arbitral que desconoce, incumple, desnaturaliza o inejecuta el laudo arbitral emitido, no existe mecanismo recursivo alguno para promover, toda vez que el recurso de anulación, según la norma de arbitraje, sólo procede contra los laudos arbitrales».

¿Qué hacemos con las ejecuciones? Ahora el Tribunal dice: «Por ello, sobre la base de los fundamentos que subyacen para la impugnación de laudos arbitrales ante el Poder Judicial es posible sostener que procede el proceso de amparo para cuestionar las resoluciones arbitrales, distintas al laudo, expedidas por el tribunal arbitral en fase de ejecución del laudo arbitral, siempre que se trate de una resolución que carezca de sustento normativo o sea emitida con manifiesto agravio a los derechos fundamentales».

Los invito a leerlo, éste es solamente un caso que se ha sostenido, hay otros casos más que nos permiten decir que no hay zonas exentas de control, ni siquiera el arbitraje, y aun habiéndose agotado el recurso de anulación es posible controlar el arbitraje en su ejecución. Eso es lo que podría decirles resumiendo, en estos diez minutos que me ha tocado compartir con ustedes. Gracias.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Gracias, doctora. Vamos a escuchar ahora la participación del doctor Sumaria, respecto al Poder Judicial. Como acaba de señalar la doctora Ledesma, el arbitraje, como cualquier acto, requiere un contrapeso, los árbitros evidentemente pueden cometer errores y esos errores están sujetos a una supervisión, a una fiscalización, a una garantía y ésta se ejerce a través del recurso de anulación del laudo arbitral; y, el recurso de anulación del laudo arbitral, ha establecido también el Tribunal Constitucional, que es la vía idónea para resolver cualquier controversia que pueda haber afectado derechos constitucionales durante el desarrollo del arbitraje y, en consecuencia, este ente encargado de supervisar, de regular, de fiscalizar a los árbitros es el Poder Judicial, en particular, una sala especializada o las salas especializadas en materia comercial.

Entonces, la Ley de Arbitraje ha sido muy clara al establecer en su artículo 62, segundo párrafo, que los jueces superiores no pueden entrar a revisar el fondo de la controversia, sino sólo pueden revisar la formalidad del proceso, básicamente, lo relativo a la validez del convenio, a lo que comentábamos hace un rato respecto a la participación de los árbitros, su imparcialidad, su independencia, el debido proceso, la validez del laudo, el plazo en que se dictó.

En consecuencia, lo que nos va a contar el doctor Sumaria el día de hoy es si realmente hoy el Poder Judicial está actuando correcta o incorrectamente en esta revisión, a través de los recursos de anulación, si la famosa motivación o falta de motivación, que ha generado que hoy en día más del 80% de causales de anulación que son declaradas válidas

por el Poder Judicial, se deban a esta supuesta falta de motivación, si efectivamente el Poder Judicial está funcionando correcta o incorrectamente respecto a este mecanismo incorporado en el Decreto Legislativo n.º 1071 y, por supuesto, en la Ley de Contrataciones del Estado.

Dejo con ustedes al doctor Sumaria para que nos cuente respecto a la participación del Poder Judicial en los recursos de anulación. Gracias.

Omar Sumaria Benavente: Buenas noches. Debo confesarles que tengo una extraña maldición, siempre me toca hablar al último en las exposiciones, en los eventos y en las mesas. Esto me hace recordar a un evento en el que a un expositor le tocaba hablar al último y le dijo al señor presidente de la mesa: «¿De cuánto tiempo dispongo?», y él le dijo: «Usted puede hablar todo lo que quiera, pero en cinco minutos todos nos vamos». Entonces, como no quiero que se aburran, mi exposición va a ser como mi apellido, muy sumaria.

Quiero agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú por la invitación a este evento y, sobre todo, a ustedes por estos minutos de paciencia que les pido.

Como bien lo ha expresado el doctor Gonzalo García Calderón, mi tema es la visión del Poder Judicial en la anulación de los laudos sobre contratación pública. Para ello, un antecedente, el 2 de diciembre de 2013 se reunió la primera mesa de trabajo entre el OSCE y el Poder Judicial, justamente para estos temas sensibles de anulación de laudos. Identificaron dos temas: uno, enriquecimiento sin causa y adicionales de obra, como hecho constitutivo de causal de anulación; y falta o defecto de motivación del laudo, como causal de anulación. De estas mesas no sé si hubo una segunda, una tercera, pero lo importante es que haya más. Son importantes, ¿por qué?, porque los actores involucrados van detectando esos elementos que están en conflicto, digamos, en controversia, en discrepancia, pero deberían ser más amplias, no sólo

el OSCE y el Poder Judicial, sino también los centros de arbitraje, los colegios de abogados, etcétera.

Como segundo antecedente tenemos un informe elaborado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el cual se establecen los siguientes problemas. Primero, un gran crecimiento debido al arbitraje obligatorio; luego, un sistema pro contratista en el que el Estado siempre pierde los arbitrajes en que es demandado y que ha sido contaminado por la corrupción, que es practicada por algunos malos árbitros y por algunas malas partes. Frente a estos problemas, se determina como causas del arbitraje de contrataciones públicas que solamente el 25.2% de los arbitrajes en materia de contratación pública se inicia por una contradicción de una resolución administrativa, emitida por una entidad pública; en contrario, el 74.8% de los arbitrajes, se inician por ausencia de una resolución administrativa, sobre la base de que se solicita que se reconozcan derechos al contrato o incumplimientos contractuales del Estado o demora en sus pronunciamientos, ausencia de pronunciamientos, o incumplimiento del pago del contratista, conforme lo establecido en el contrato respectivo.

¿Esto qué quiere decir? Que la mayor cantidad de anulaciones de laudos se producen por inacción más que por acción del Estado. La explicación del incremento de los arbitrajes en contrataciones públicas y, siguiendo con este informe, citando a Ricardo Gandolfo, dice: «Cuando el contratista incumple sus obligaciones, lo primero que hace la entidad es dejar de pagar, después le aplican las penalidades previstas, a continuación le resuelven el contrato, enseguida le ejecutan la fianza y, por si fuera poco, lo envían al Tribunal de Contrataciones del Estado para que lo inhabiliten, es decir, tiene cinco opciones para acoger al contratista; en cambio, si la entidad es la que incumple sus obligaciones, el contratista no tiene tanta alternativa, es más, sólo tiene una y es ir al arbitraje».

Esta disponibilidad de opciones respecto a las que cuentan el Estado y el contratista, ¿qué nos dice?, que hay incentivos perversos para fomentar ir al arbitraje. Frente a ello, ¿cuáles son las propuestas de este informe? La primera, el Estado debe cumplir a tiempo sus obligaciones de pago. Es cierto, de acuerdo a este informe, si el Estado cumpliera todas sus obligaciones, pues se reducirían las causales de anulación. La segunda, que el Estado debe privilegiar la eficiencia en el uso de recursos y no un enfoque cerrado de control de la función pública. El Estado debe potenciar medios alternativos de solución de controversias, conciliación y, como ya lo han expuesto, junta de resolución de disputas, que coadyuven al arbitraje. Los funcionarios públicos deben sentirse respaldados por la ley y la Contraloría para tomar decisiones, como también lo habían mencionado en las anteriores exposiciones. Ante las controversias, hacer un análisis costo-beneficio: ¿es posible realmente ganar en este caso arbitral, no sería mejor conciliar o que resuelva una JRD?; y, que el Estado debe fomentar el uso del arbitraje institucional.

Sin embargo, frente a estas propuestas, ¿cuál es la justificación para la revisión de los laudos en contrataciones públicas por el Poder Judicial? Y es que se discuten controversias relativas a incumplimientos contractuales referentes a bienes y fondos públicos; en segundo lugar, porque en él intervienen funcionarios públicos, representando al Estado en el cumplimiento de la función pública que les ha encargado, existe un interés público en las decisiones que en él se produzcan y se busca la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

Ante esta necesidad, ¿cuál ha sido la respuesta del Poder Judicial? De un pequeño muestrario que me proporcionó el doctor Marco Silva Santisteban, quien trabaja en las salas comerciales, he seleccionado sólo tres casos. Primero, el Expediente n.º 091-2007, Ministerio de Transportes y Comunicaciones con Franklin Céspedes Espíritu. He seleccionado este laudo por el considerando tercero, que dice: «Es importante subrayar que, si bien es cierto, la jurisdicción arbitral es de naturaleza constitucional, autónoma e independiente, no es menos cierto que es

constitucional también ante eventuales afectaciones a los derechos y principios fundamentales, es decir, constituye un sistema de control judicial, garantiza la observancia los principios y derechos constitucionales de los involucrados». Es decir, por un lado, nos dice que el arbitraje es autónomo, independiente y jurisdiccional; sin embargo, podemos revisarlo, con lo cual, le dan vuelta a la torta, es decir, sí, pero no. Esto es, se reconoce la autonomía del arbitraje, pero dicen «Podemos revisarlo», y como bien dijo la doctora Marianella Ledesma, porque no hay ninguna isla jurídica exenta de control constitucional.

Segundo caso, Expediente n.º 145-2012, Municipalidad Provincial de Santa Cruz de Cajamarca con Consorcio Vulcano. Dicen que: «Ante la observación del contrato —número tal—, celebrado el 19 de julio de 2010, entre la parte y el demandado, éste, con fecha 17 de mayo, solicita el inicio de un arbitraje de derecho; sin embargo, el 23 de mayo ambas partes celebraron una transacción extrajudicial con la que acordaron poner fin al proceso arbitral antes reseñado, por lo que se impedía de persecución el proceso arbitral». Es decir, en este recurso de anulación se declaró nulo el laudo. ¿Por qué? Porque se había transado en el arbitraje; pero como la ley sólo reconoce la conciliación y el arbitraje, entonces se dijo: «No, la transacción no vale» en el arbitraje, y después el Poder Judicial dijo: «No, pero es un medio alternativo de solución de conflictos y el arbitraje está sometido a la libertad y autonomía de las partes», por lo tanto, lo anuló y dijo que sí vale la transacción.

Expediente n.º 325-2014, dice: «El demandante cuestiona que el tribunal arbitral declaró la ineficacia de la resolución contractual cuando lo peticionado era la nulidad de la precitada resolución». En este caso, se anuló el laudo. ¿Por qué? Porque se pide una cosa y se dio otra, lo que estaba lesionando el principio de congruencia.

Expediente n.º 034-2014, Municipalidad de San Martín de Porres con Consorcio Neri. Una parte del considerando dice: «[...] es decir, partió de una premisa fáctica falsa que originará, obviamente, una moti-

vación errática, toda vez que a la luz de los hechos expuestos ha quedado demostrado que la carta materia de invalidez o ineficacia, en ningún momento resolvió el contrato de obra celebrado entre las partes, por lo que se evidencia que la resolución adolece de una indebida motivación». Este considerando lo subrayo, ¿por qué?, porque, como ven, ya entra de alguna manera a analizar hechos, se habla de ineficacia y nulidad de una carta fianza que no surte efectos y, entonces, para declarar esa nulidad o invalidez habría que investigar esa carta fianza y el mismo tribunal judicial dice que empieza en una premisa fáctica errónea, es decir, está analizando la premisa fáctica, y eso después lo incluye como un error de motivación.

Estas tres conclusiones, ¿a qué nos llevan?, a la falta de motivación como causal de anulación; y ¿qué sucede?, que si bien la falta de motivación no está establecida como una causal de anulación, en casi todas las sentencias que anulan laudos arbitrales es esa la causal, la falta de motivación, lo cual está sobredimensionado, porque no está bien explicado qué cosa es la falta de motivación o cuándo hay falta de motivación, de tal manera que se vuelve, como se dice, un cajón de sastre todas estas anulaciones y muchas veces entran a revisar los hechos.

Entonces, voy a decir unas conclusiones a manera de preguntas. Como se aprecia, en la mayoría de las propuestas de conciliaciones, junta de resolución de disputas, son preventivas; sin embargo, cuando ya estamos en el proceso de anulación, ¿qué situaciones se dan? Primero, ¿es el objetivo la descarga procesal del arbitraje o el control del interés público?, el arbitraje obligatorio se convertiría en una suerte de proceso judicial, mejor dicho, el recurso de anulación; ¿los incentivos son para ir o no ir al control jurisdiccional del arbitraje en contrataciones públicas?

Bueno, hechas estas cuestiones, en mi segunda intervención diré mi visión particular de las mismas. Como se dice, si es que Dios me lo permite y el presidente de la mesa. Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchas gracias. Brevemente, vamos a iniciar una ronda de preguntas. Quiero comenzar con el doctor Paredes, preguntándole respecto a la transparencia que se exige a los árbitros referente al deber de declaración al momento de aceptar el cargo de árbitro. Este deber de declaración de exponer los últimos años dependiendo de cada centro de arbitraje, cinco años, tres años, cualquier vinculación que pueda existir con las partes, con los árbitros, con sus coárbitros, en fin, ustedes conocen perfectamente las obligaciones en materia de revelación que debe hacer un árbitro; y la pregunta que le quiero formular al doctor Paredes es: ¿qué revelación deben efectuar aquéllos que son designados como miembros de los *dispute boards*, de las juntas de resolución de disputas? Y si, efectivamente, estas decisiones que ellos adoptan se van a colgar, como señaló la doctora Ledesma, en algún portal, en algún lugar donde uno pueda acceder para tomar conocimiento de cómo fallaron respecto a un tema específico, al interior de una obra que está siendo materia de decisión por parte de los miembros de la junta de resolución de disputas.

Gustavo Paredes Carbajal: Gracias. Bueno, la pregunta tiene muchas implicancias. Creo que debería partir diciendo que la transparencia es fundamental para anclar la confianza en el arbitraje como método de solución de controversias, pero también para anclar la confianza que se tiene sobre los miembros de la junta de resolución de disputas. Creo que abrir la mayor cantidad de información y este deber de revelación también está presente en los miembros de la junta de resolución de disputas, la transparencia de la información tiene un valor sustancial en la credibilidad del sistema y en la eficiencia del sistema.

Creo que la relevancia o, digamos, el aporte que la junta de resolución de disputas hace en un sistema de gestión de conflictos en obra pública, donde el principal usuario del arbitraje es la obra pública, justamente, es la información contemporánea que se tiene del avance del desarrollo del proyecto, porque la idea es no llegar a la solución de un conflicto con información *ex post*, o sea, los árbitros van a conocer el

conflicto posteriormente a lo que sucede, lo relevante del tema es tener esa información abierta en este sentido, de manera contemporánea al avance, porque tener la información da un poder relevante al momento de resolver, porque nos acerca hacia una realidad técnica y contractual, es decir, hacemos más predecible la solución de los conflictos cuando estos conflictos se resuelven con información temprana.

La junta de resolución de disputas requiere de información temprana, cierta, transparente y abierta para darle una solución eficiente, pero, además, agrego algo, en materia de obra pública creo que va a ser en los siguientes cinco o diez años una herramienta muy poderosa para transparentar la gestión del proyecto, y es el aporte de la tecnología en la gestión del proyecto, y para esto me refiero al *building information modeling* como una plataforma colaborativa de información que va a hacer que toda la información de la gestión del proyecto se mantenga en tiempo real en todos los actores, es decir, la Contraloría del Estado, la supervisión, el contratista, subcontratista y, mejor aún, los miembros de la junta de resolución de disputas van a tener acceso a información de esta plataforma tecnológica, que va a permitir transparentar justamente la información y con esto cerrarle la puerta a la corrupción, porque la corrupción se mueve en las sombras, y en la medida que abramos la información y le demos claridad a todo el proceso de solución creo que esto va a ser una herramienta poderosísima para reducir estos niveles de corrupción.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchas gracias. Quería preguntarle al doctor Alva, básicamente lo relativo a la conciliación del Estado, partiendo de una pregunta que probablemente sea un poco agresiva, pero es natural que un privado cuando tiene un conflicto con otro privado pueda ceder derechos que considera que tiene para llegar a una solución rápida y eficiente, es decir, no sé, tengo un inmueble y el inquilino no se va, y en la conciliación me establece la posibilidad de devolverme el inmueble en el mes de diciembre, acepto; o si me deben 100, acepto que me paguen 80.

La pregunta es: ¿el procurador, el titular del pliego o quien éste señale, desde el punto de vista, digamos, filosófico, desde el punto de vista de la naturaleza de la conciliación, tiene la posibilidad de ceder derechos del Estado que nos pertenecen a todos los ciudadanos, para llegar a un resultado, en lugar de ir a un arbitraje o, en su momento, al Poder Judicial, donde un tercero va a decidir a quién, efectivamente, le asiste el derecho? Porque, claro, el Estado ha decidido que las controversias que emanen de la contrataciones de adquisiciones, de obras, bienes y servicios vayan a un arbitraje de derecho y, justamente, no permite el arbitraje de equidad, porque señala que el Estado no puede estar sujeto a la conciencia de un árbitro y, por eso, en el arbitraje privado sí se permite el arbitraje de conciencia o de equidad, pero en el arbitraje con el Estado no. ¿No sería, entonces, la conciliación un equivalente a permitir un arbitraje de conciencia, peor aún porque el procurador o el titular del pliego, a su sola discreción, va a decidir aceptar o no la propuesta conciliatoria para no ir a un arbitraje, cediendo derechos que el Estado tiene o puede tener?

En consecuencia, por ahí creo que es una pregunta bien compleja —disculpe la línea tan directa—, de lo que es la conciliación con el Estado que se quiere promover; sin embargo, todos tienen temor de aplicarla y regreso a mi pregunta inicial, cuando usted estaba o iba a exponer sobre, efectivamente, la viabilidad de que ese acuerdo conciliatorio, luego no sea objetado por la Contraloría utilizando, de alguna manera, probablemente, con mayor locuacidad los criterios que yo he utilizado en este momento.

Hemmer Alva Neyra: Sí, es un tema muy complejo. Las disposiciones contenidas en esta nueva ley constituyen un gran reto para el aparato estatal, especialmente para las áreas que están dedicadas al tema de contrataciones. Es difícil desde la posición del funcionario público tomar una decisión que nos lleve a arribar a una conciliación. Para eso tienen que haber lineamientos, la ley nos habla, como he señalado en mi exposición, de un informe técnico, que tiene que estar basado en los

hechos relacionados con la ejecución del contrato probablemente, con los acontecimientos del día a día, con las perspectivas de posibilidad de solucionar con un menor costo y en un menor tiempo, evitar el pago de intereses o pago de horarios profesionales y todo esto.

Entonces, la dificultad que tiene el funcionario público en este momento, como lo dije también, constituye un desincentivo, porque siempre está atrás la idea de que si yo inclino mi decisión hacia firmar una conciliación, es muy posible que el que venga a supervisar esta conciliación luego de firmada y ejecutada pueda tener un punto de vista distinto y diga: «¿Y por qué no se hizo de otra manera o de esta otra manera?». Es un tema muy subjetivo, de cultura, de conciencia, de encontrarle el buen sentido y el buen camino a la solución de estas controversias. Por eso es que habla también de la necesidad de ir generando promociones con esa cultura de paz, la cultura de sentarse a una mesa para escucharse y encontrar soluciones prácticas a los problemas, y también pasa por una labor de la Contraloría General de la República, que sea un poco más comprensiva en el manejo de estos temas al momento de la fiscalización.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Doctor Alva, ¿y usted cree que nuestros políticos van a cambiar esa cultura de paz realmente en la conciliación con un futuro real? ¿Cree que la Contraloría va a ser más comprensiva con ustedes?

Hemmer Alva Neyra: Nuestra idea es plantear la implementación de estos medios de solución de controversias desde el inicio, desde que los pequeños están en la escuela, desde que los pequeños están formándose inicialmente, hasta aquellos alumnos que están en las facultades de derecho, y no solamente en la facultad de derecho, sino en toda formación profesional debe tratarse estos temas, la mediación, la conciliación y la solución de controversias de manera pacífica, sin ir a una institución que pueda resolver esto mediante un proceso judicial.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Gracias, doctor. Doctora Ledesma, una pregunta también, creo, conceptual. Se sentía en sus palabras, en su exposición, que es clarísimo que el arbitraje, como ninguna institución, no está exento de la revisión constitucional; sin embargo, el propio tribunal ha limitado la supervisión del arbitraje y ha señalado concretamente, y así lo dice el Código Procesal Constitucional, que la vía de anulación es la vía igualmente satisfactoria que la vía del amparo y, en consecuencia, el Tribunal Constitucional, no revisa, ni puede hacerlo por propio precedente vinculante, a diferencia de la ejecución que, como ha señalado usted correctamente, sí es materia de un amparo. Pero ¿habría la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pudiese ingresar a revisar el fondo de la controversia, luego de un recurso de anulación, o eso ha quedado absolutamente zanjado, y efectivamente sigue siendo exclusividad del Poder Judicial a través del recurso de anulación?

Marianella Ledesma Narváez: Bueno, gracias por la pregunta, porque permite aclarar el tema. El control ordinario es el control ante el Poder Judicial, el recurso de anulación es un mecanismo tasado bajo las causales del artículo 63; sin embargo, esas causales son insuficientes y a través de los precedentes se han creado las reglas que establece el precedente María Julia, y la lógica tanto en el recurso de anulación como del precedente María Julia tiene un objetivo «nulificante», desaparecer el laudo, declarar la nulidad del laudo.

Lo que hemos hablado —o lo que he planteado a continuación— es el control a la ejecución del laudo, en la ejecución del laudo, la justicia constitucional no va a declarar la nulidad del laudo, pero sí va a tener efectos en controlar los alcances, los términos, si se están dando dentro de los límites que se dictó el laudo, forma parte de una seguridad y de una eficacia que debería tener la justicia arbitral para que se ejecute en los mismos términos y en las mismas condiciones en las que se emitieron los laudos e, inclusive, también podría darse supuestos donde hay laudos que han recogido materias no arbitrables y que, incluso, no estuvieron sometidos al recurso ordinario de anulación; sin embargo,

se pide en su ejecución y el juez podría declarar su inejecución; cuando estamos ante materias no arbitrables, ése es un asunto, el laudo está presente, pero será inejecutable.

Con esa misma lógica, no sólo el juez ordinario en la ejecución puede declarar la inejecutabilidad del laudo, que es diferente a la nulidad, también a través de un proceso constitucional se podría interferir ahí para controlar la ejecución de ese laudo. En algunos casos, las ejecuciones tienen grandes problemas, de repente yo he dado una prestación de magnitud cinco, pero me están ejecutando una magnitud cuatro, eso es una ejecución reducida; o me están dando más allá de lo que se laudó en ejecución. Entonces, siempre tiene que existir por lo menos un mecanismo de control y, en este caso, el tribunal, en el caso que les comenté, sí ha ampliado la tutela al control a la ejecución del laudo como parte de la tutela judicial.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Gracias, doctora. Doctor Sumaria, usted nos dejó la respuesta a medias, terminó como conclusión con sus preguntas y señaló que la mayoría de las propuestas que se habían formulado respecto a la anulación de laudos, en la práctica, significaba que los procuradores, el Estado o aquél en general que perdía, utilizaba el recurso de anulación como un mecanismo para continuar con el proceso; sin embargo, la norma actual ha establecido que para poder plantear un recurso de anulación tiene que hacerse un estudio costo-beneficio y que, incluso, tiene que contar con la aprobación del titular del pliego y con una serie de garantías. En consecuencia, eso va a reducir probablemente las anulaciones de laudo, ¿cuál es su posición respecto a esa norma o a esa exigencia formal de la ley?

Omar Sumaria Benavente: Gracias, doctor. Como lo dije al final de mi exposición, ¿cuál es el objetivo, la descarga procesal o el control del interés público? Entonces, desde esta perspectiva, primero, tendríamos que hacer una diferencia —un poco de teoría del proceso— de los tipos de recursos, los recursos ordinarios y los extraordinarios. ¿Cuáles

son los ordinarios? Aquéllos que son ilimitados en cuanto al tipo de resolución, el tipo de causal y el tipo de efectos; los extraordinarios son limitados en cuanto al tipo de resolución, efectos y causales. Típico recurso extraordinario, la casación; típico recurso ordinario, la apelación.

¿Cuál es la naturaleza del recurso de anulación? Para mí es un recurso extraordinario. ¿Por qué? Porque es limitado por las causales, por los efectos y es limitado en cuanto al tipo de resoluciones. Ahora, siendo un recurso extraordinario, ¿cuál es la tendencia? No la tendencia, sino los elementos para diseñar un medio impugnatorio. Son tres: el órgano, el interés y el procedimiento. De todos ellos, el más importante es el interés, porque el interés determina la intensidad del recurso, para un caso, para varios casos, para una clase de casos o para una totalidad de casos; y si en este caso el interés público es el fundamento de ir a un recurso de anulación extraordinario ante el Poder Judicial, entonces tomemos la misma lógica, ¿qué tipo de control están haciendo? Si la mayoría de causales de anulación es por falta de motivación, entonces, lo que están haciendo es un control constitucional.

Al hacer un control constitucional, ¿cuál es la tendencia? Por ejemplo, la Corte Suprema en casación. ¿Qué es lo que se pide? Que la casación tenga *certiorari*. ¿Qué es *certiorari*? Que ellos mismos elijan los casos; entonces, lo mismo podría pasar con este recurso de anulación, que sean ellos quienes elijan qué casos van a ver, pero para elegir ese caso tiene que haber una carga de justificación del solicitante, o sea, la carga argumentativa, la carga persuasiva, una carga positiva del solicitante y una carga negativa del tribunal. De esta manera, si no se justifica el interés público en la anulación del laudo, se rechaza de plano.

Ahora ¿esto crea incentivos para litigar o incentivos para no litigar? ¿Qué es lo que sucede? En el mundo anglosajón, el *certiorari* no es una facultad sólo de la Corte Suprema, sino que es una facultad de todos los jueces, porque cada juez decide qué caso va a ver; por lo tanto, los incentivos son para no litigar; es por eso que en el mundo anglosajón

preferen la negociación y el arbitraje. Si acá le das esa facultad a los jueces comerciales, que tienen esa posibilidad de revisar laudos, pues sencillamente estás haciendo control constitucional, dando facultad del *certiorari*, y, entonces, incentivas los recursos de anulación.

Entonces, esto significa una nueva estructura de este recurso de anulación. ¿Por qué? Porque se ha tomado como si fuese un recurso ordinario, tipo apelación, con límites formales. El objetivo ahí es la carga, el objetivo no es el control constitucional. Entonces, de esta manera, unificas los criterios y creo que darías lo que quiere todo el mundo en la justicia: predictibilidad, seguridad, etcétera.

Gonzalo García Calderón Moreyra: Muchas gracias. Bueno, el tiempo nos ha ganado. Ha sido una extraordinaria exposición de los miembros de la mesa, les agradezco a todos ustedes por su paciencia y un fuerte aplauso a los expositores, por favor.

MESA 2: ANALIZANDO LAS RESPONSABILIDADES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Hugo Sologuren Calmet¹ (moderador)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca²

Gastón Fernández Cruz³

Víctor Baca Oneto⁴

Hugo Sologuren Calmet: Muchas gracias. Nuestro agradecimiento a los organizadores, es un privilegio estar en el alma máter, así que vamos a proceder con los temas que han sido asignados a nuestros ponentes.

El primer ponente será el doctor Víctor Sebastián Baca Oneto, quien tratará el tema «Asunción de riesgos en los contratos con el Estado».

De acuerdo a la mecánica que hemos conversado, yo iniciaré haciéndole una pregunta a los ponentes, para que ellos la absuelvan en el momento que estimen conveniente durante su exposición.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en negociaciones y administración de conflictos en la Universidad de Maryland, Estados Unidos.

² Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría en la misma casa de estudios. Se encuentra cursando el doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

³ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Derecho Civil por la misma casa estudios, profesor universitario y árbitro.

⁴ Abogado por la Universidad de Piura, doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid, profesor ordinario de la Universidad de Piura y vocal de la Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi.

En ese sentido, doctor Baca, el Decreto Legislativo n.º 1341 y el Decreto Supremo n.º 056-2017-EF modificaron la Ley de Contrataciones del Estado vigente y su Reglamento, estableciendo entre sus modificaciones e incorporaciones la figura de la asignación de riesgos en las obras públicas. A raíz de estas modificaciones, la planificación en una obra pública debe incluir la identificación y asignación de riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución ¿Cuál cree usted que es el análisis de riesgos que debe realizar la entidad?; ¿existe una metodología a fin de poder asignar los riesgos, tanto para la entidad como para el contratista? Adelante, doctor Baca.

Víctor Baca Oneto: En primer lugar, quiero agradecer a la Universidad Católica, al Centro de Arbitraje, la invitación para intervenir en este evento y, al mismo tiempo, quizá disculparme con la mesa porque estoy seguro de que hay menos gente ahora que antes porque soy el único administrativista en la mesa de hoy, así que seguro que no quieren escucharme, es una mesa de civilistas, además insignes civilistas, seguramente mi participación será la menos relevante.

Dicho eso, también debo reivindicar que la figura del contrato público y de los riesgos en el contrato, que es lo que me han pedido analizar, tampoco es una figura exclusiva del derecho público, sino que bebe y tiene sus orígenes en el derecho civil, como casi todo lo vinculado a la relación jurídico-contractual también cuando ésta se da en el marco de normas de derecho público.

Estoy seguro de que casi todos, cuando estudiábamos los cursos de civil, estudiábamos en obligaciones, contratos, las fórmulas de distribución del riesgo y asunción del riesgo, si el riesgo es para el deudor o si el riesgo es para quien posee y demás; por tanto, es un tema que es familiar al derecho civil y también se da en los contratos civiles, o sea, no es algo que sea exclusivo del derecho público. Sin embargo, de lo que voy a hablar, y es natural dada mi filiación al derecho público, es de la

asunción de riesgos y de la distribución de riesgos entre el contratista y la Administración en los contratos con el Estado.

Sobre eso, en realidad, lo primero que cabría decir es que uno de los principios básicos en la ejecución de los contratos públicos, principio que ya ha sido materia de análisis en trabajos bastante antiguos de Eduardo García de Enterría en los cincuenta, incluso, sesenta, es el principio de riesgo y ventura, que tampoco es algo exclusivo del derecho público, por supuesto, o sea, no vengo aquí a inventar la pólvora ni a descubrir el Mediterráneo.

El principio de riesgo y ventura lo que viene a significar es que es el contratista quien asume el riesgo en la ejecución del contrato. Si es que le va bien, le va bien; si le va mal, le va mal; si gana, bien; si pierde, pues, en principio, es algo que lo afectaría exclusivamente a él, y ésta es una característica de todos los contratos públicos. Uno de los principios, justamente, insisto, de la contratación pública, el primero que se menciona en cualquier exposición sobre la materia, es el principio de riesgo y ventura, es el contratista quien que asume el riesgo en la ejecución del contrato.

Lo que también es cierto es que normalmente cuando pensamos en contratos con el Estado estamos pensando en los contratos que alguna vez denominé —me parece que es una noción que puede ser útil— «contratos de gestión patrimonial», que son aquellos contratos por los cuales la Administración Pública adquiere bienes, servicios o se aprovisiona de obras en el mercado, o sea, encarga la ejecución de obras públicas, compra bienes o contrata la prestación de servicios. En estos contratos es donde normalmente se desarrolla o donde normalmente se ha estudiado este principio de riesgo y ventura en la ejecución del contrato, de tal manera que en la prestación del servicio, en la ejecución de la obra —más aún si es que éste es un contrato llave en mano o también en la prestación del bien— el riesgo es algo que asume el contratista.

Sin embargo, no todos los contratos públicos son contratos de gestión patrimonial; existen otros contratos públicos que también encajan en una categoría común a éstos, a la categoría común de contratos de colaboración, que son los contratos de concesión, ahora llamados «contratos de APP», «contratos de colaboración público-privada». Los nombres que podemos emplear varían según el ordenamiento jurídico, hay distintas formas de denominarlos. No es el momento de entrar a discutir cuál es la más correcta, yo prefiero la terminología clásica hispanoamericana de concesión, que seguramente dice lo mismo que las PPP, que no son más que el redescubrimiento inglés de algo que ya teníamos en el derecho continental, pero suena mejor decirlo en inglés, es más importante, suena novedoso.

Pues bien, estos contratos en donde hay una concesión, una colaboración público-privada en la ejecución y luego operación de una obra pública o de un servicio público son completos, que a diferencia de los contratos de gestión patrimonial que son contratos en los cuales el concesionario o el contratista, por decirlo en genérico, asume riesgos adicionales. Lo que se decía tradicionalmente en la jurisprudencia comunitaria europea es que el contratista en estos casos tenía que asumir el riesgo de construcción, eso sería común con un contrato de obra, por ejemplo; y que tenía que asumir uno de los dos: o el riesgo de demanda o el riesgo de disposición, disponibilidad, es decir, tenía que asumir el riesgo de que la demanda para el servicio o el uso de la obra de infraestructura que había construido no fuera la prevista, o tenía que asumir el riesgo de disposición, de tal manera que solamente cobraba lo que estaba previsto, en la medida que el servicio o la obra que había ejecutado estuviera disponible en ciertas condiciones, con ciertas características para los eventuales usuarios.

Esta introducción de la noción de riesgo, riesgo de construcción más riesgo de demanda o más riesgo de disponibilidad, fue una novedad introducida por el derecho comunitario que marcó, por ejemplo, en el derecho español un antes y un después. ¿Por qué? Porque tradicional-

mente el contrato de concesión en el derecho español —paréntesis, más allá de que yo soy peruano y trabajo en Perú y ejerzo en Perú, mi formación es española, así que de ahí mis conceptos del derecho español, del derecho comunitario, y creo que es muy importante, muy interesante, trasladar algunas nociones también al derecho peruano—. En derecho español esta introducción del riesgo como un elemento que definía los contratos de concesión fue muy importante. ¿Por qué? Porque tradicionalmente el contrato de concesión en el derecho español estaba relacionado a dos elementos. El primer elemento era la titularidad pública, era un servicio público o era una obra pública, del servicio o del bien, lo que se trasladaba al concesionario era un bien de dominio público o un servicio público en el sentido de que estaba reservado al sector público a través de la *publicatio*. Y el segundo elemento que se utilizaba para definir estos contratos de concesión era que la remuneración estaba a cargo del usuario y no de la Administración, ya sea en todo o en parte. Más allá de que luego se discutía la admisibilidad de figuras como el peaje a la sombra y otras similares, lo que era cierto es que lo que se pretendía es que la retribución estuviera a cargo del usuario y no tanto de la Administración, al menos no en exclusiva de la Administración.

Esos dos elementos, que eran los que tradicionalmente se usaban para definir un contrato de concesión, se ven complementados por este tercero que se convierte en la jurisprudencia comunitaria, por lo menos, en el elemento decisivo para la definición, también vinculado a unas normas de contabilidad que fueron muy importantes en derecho comunitario, que lo que pretendían era evitar que se utilicen modalidades, mal llamadas de concesión, para escapar de las reglas de déficit, porque si el contrato era de concesión, no contabilizaba como deuda pública; en cambio, si era de obra, sí contabilizaba lo que tenía que pagarse por el contrato como deuda pública y, por tanto, al objetivo de déficit de cada uno de los estados. Entonces, se introduce en la jurisprudencia comunitaria como un elemento adicional para poder definir los contratos de concesión y diferenciarlos de los contratos que no eran de concesión, que eran de obras, de servicios y de bienes, sobre todo, de servicios y de

obras, la presencia de un riesgo en la construcción y adicionalmente el riesgo de demanda o el riesgo de disponibilidad. Esto luego se consagra en el derecho positivo comunitario y de allí al derecho de cada uno de los países miembros a través de la introducción en las directivas comunitarias de la figura del riesgo operacional.

Esta figura del riesgo operacional en el fondo lo que viene a decir es que el particular tiene que asumir parte del riesgo, o sea, tiene que asumir parte del riesgo, de tal manera que no tiene garantizado el retorno ni siquiera de la inversión, o sea, ya no se entra en detalle si es que es riesgo de construcción, riesgo de disposición, riesgo de demanda, sino que tiene que no tener garantizado el retorno de la inversión. Entonces, si estamos ante un contrato de concesión, el particular va a su cuenta y riesgo, es el que va a operar el servicio o la obra de infraestructura sin tener garantizado el retorno de la inversión y, por tanto, aquí entra en discusión una figura que es la responsabilidad patrimonial de la administración, que justamente se va a tocar después, porque en Derecho español se introduce una modificación que establecía que la administración era patrimonialmente responsable en caso de terminación del contrato, de tal manera que tenía que indemnizar al contratista para evitar que éste se vea afectado, y eso ha dado pie a algunos problemas en las autopistas en España, sobre todo en las de Madrid.

Pues bien, fíjense cómo tenemos la figura de riesgo y ventura, propia de todos los contratos, y la figura de la necesaria asunción del riesgo en la operación por parte del concesionario, de tal manera que no tenga garantizado ni siquiera el retorno de su inversión a través de la remuneración que obtiene por la operación de la obra o del servicio. Esta noción es importantísima para entender cómo funciona el riesgo en los contratos y cómo funciona la asunción del riesgo en los contratos.

En los contratos de bienes, servicios y obras es necesario que el contratista asuma el riesgo en la ejecución del contrato; sin embargo, la remuneración que va a obtener es una remuneración preestablecida,

a lo mejor lo que no sabe es si será suficiente o no será suficiente para cubrir aquello que tiene que gastar en ejecutar el contrato. En los contratos de concesión, la remuneración no está prestablecida, sino que esta remuneración va a depender de la demanda o va a depender de la disponibilidad, de qué tan bien presta el servicio o de en qué tan buenas condiciones esté la infraestructura y, en función de eso, obtendrá una retribución mayor o menor, que puede que no sea suficiente para compensar su inversión.

Dicho eso, el otro gran principio que regula la contratación pública —y aquí quizá voy a tocar algunos temas que no me corresponden directamente—, es el principio de colaboración. ¿Por qué? Porque ese contratista que va a su riesgo y ventura también es un colaborador de la Administración Pública en un contrato que está destinado al bien común, al interés público, y ese principio de colaboración introduce la posibilidad de que en aquellos casos en los cuales se vea afectado el equilibrio económico del contrato, que puede ser el *ius variandi*, puede ser *factum principis*, puede ser teoría de la imprevisión o fuerza mayor o caso fortuito, que sea posible intentar reequilibrar el equilibrio económico de ese contrato, de tal manera que no se frustre el objeto del contrato, porque no olvidemos que en estos casos el objeto del contrato no es un bien o un servicio que adquiere un privado para su propio interés, el objeto del contrato es la prestación de un servicio público, la ejecución de una obra pública de infraestructura que va a ser operada por la propia Administración en un contrato de obra, o va a ser operada por el contratista y, por tanto, es de interés público que el contrato cumpla su finalidad; y por esa razón se ha admitido a través de estas figuras como el *ius variandi*, que es cuando la propia Administración modifica el contrato y tiene que compensar; el *factum principis*, cuando introduce una modificación en el ordenamiento jurídico que altera el equilibrio económico; la teoría de la imprevisión, cuando se dan riesgos imprevistos, digamos, previstos en cuanto a su ocurrencia, pero no en cuanto a su magnitud, que también es una diferencia importante; o la fuerza mayor, que es cuando son eventos absolutamente irresistibles

que se pueden dar en caso de terremoto, lluvias, el Fenómeno El Niño y cosas por el estilo.

Entonces, en estos casos, ese principio de riesgo y ventura, incluso, el principio de que el riesgo en la operación tiene que asumirlo el concesionario, se ve matizado, se ve modulado, porque es posible buscar un reequilibrio en las prestaciones del contrato, para lograr que ese contrato siga ejecutándose y, por tanto, cumpla su finalidad.

¿Tenemos mucha experiencia en esto en Perú? Yo diría que no y que sí. ¿Por qué lo digo en ese orden? Porque el sí es que tenemos mucha experiencia a la hora de determinar los riesgos en los contratos de concesión. Una de las cosas que se viene haciendo hace ya muchísimo tiempo en el Perú es en cualquier contrato de concesión establecer la matriz de riesgos y determinar qué riesgos asume el concesionario, el contratista, y qué riesgos asume el Estado. Es algo normalmente mapeado y en el propio contrato se deja constancia de cuáles son los riesgos que asume cada una de las partes. Es más, existen algunos lineamientos aprobados por el Ministerio de Economía y Finanzas, aunque nadie sabe cómo van a quedar ahora que ha cambiado la ley (un cambio —desde mi punto de vista— completamente inútil, hubiera bastado unos cambios particulares en la norma, porque todos los lineamientos son con la normativa antigua, habrá que dictar otros nuevos a ver qué es lo que pasa).

Pues bien, existen unos lineamientos sobre cómo se asignan los riesgos, a quién tienen que asignarse cada uno de los riesgos, aprobados por el Ministerio de Economía y Finanzas, que sirven como pauta al momento de la suscripción y al momento, sobre todo, de elaboración del proyecto en un contrato de concesión; sin embargo, el problema —y ahí el interés en la pregunta que el doctor Sologuren me planteaba— es que en los contratos de obra pública no existía tradicionalmente un mecanismo de asignación de riesgos, por lo menos que sea claro. Normalmente ¿qué es lo que se decía? Lo digo en general, lo que se decía es «quien hace el proyecto es la Administración», «Ah, entonces, debería

asumir el riesgo de que está mal diseñado el proyecto», «Un momentito, no, porque el contratista ha firmado que él asume todas las consecuencias de que el proyecto esté mal hecho y, por lo tanto, si el proyecto está mal hecho, él ha firmado que asume esas contingencias».

Los terrenos. Es un riesgo tradicionalmente de la Administración que el terreno no se entregue y eso da pie a adendas, prórrogas, demoras y demás, del contrato. Pero ¿qué pasaba si el terreno no estaba en las condiciones por razones geológicas, para ejecutar la obra? Hay un montón de casos de arbitrajes en Colombia sobre este tema. ¿Qué es lo que pasa si luego el problema no es que el proyecto estuvo mal, sino que lo que hicieron mal es el análisis de riesgo geológico? —que aquí en Perú es un tema importantísimo—. Entonces, en nuestro país no tenemos experiencia en contratos de obra al momento de la asignación de los riesgos y, por tanto, éste es un tema relativamente nuevo, que espero que se vaya haciendo, es un tema en el cual otros países nos llevan bastante delantera.

Le comentaba a la doctora Jiménez que hace unos meses me pidieron —lo he traído porque venía releyéndolo en el taxi— arbitrar un libro del Derecho colombiano, que cambió de título, cuando lo arbitré se llamaba distinto, era «El riesgo en los contratos», ahora es «Condiciones imprevistas en los contratos de construcción de infraestructura». Son 580 páginas de análisis de casos y de jurisprudencia colombiana internacional sobre cómo se distribuye el riesgo en los contratos de obra pública. En el Perú algo así no tenemos.

Entonces, como respuesta a la pregunta, sólo para terminar, esto va a ser importante, pero va a ser importante porque va a generar experiencia, va a generar que a la hora de diseñar el proyecto se piense en a quién se le van a asignar los riesgos, emulando lo que ya se viene haciendo en concesiones; pero al día de hoy todavía es algo por hacer, según mi modesta opinión. Gracias.

Hugo Sologuren Calmet: Gracias, Víctor. Y, efectivamente, en la última parte respondiste a mi pregunta, pero te tengo que hacer un comentario. Al público, estamos tomándonos unos minutos adicionales, el doctor ha tomado cinco minutos adicionales, además tenemos un ponente menos, entonces, estamos redistribuyendo el tiempo y haciendo quizá más rico el intercambio de ideas para ustedes.

En el campo de las concesiones no ha quedado duda en tu comentario, ahí está claramente establecido; el problema es en la obra pública, y la pregunta es, entre dos privados indudablemente las capacidades son más equilibradas para negociar, lo que podríamos llamar el equilibrio económico del contrato, pero entre la entidad pública y el privado normalmente la entidad pública no tiene las capacidades técnicas para estar a la altura del privado; sin embargo, por ejemplo, los expedientes técnicos generan deficiencias que o no son advertidas o son muy difíciles de advertir para el privado. En ese sentido, si bien algo dijiste al final, ¿tú crees que las entidades públicas deberían desarrollar una práctica de establecer los riesgos para las partes en el contrato?

Víctor Baca Oneto: Creo que debería quedar claramente establecido quién asume cada riesgo; o sea, en estos casos lo mejor es la absoluta claridad respecto a la asunción de riesgos, sabiendo también que puede haber riesgos imprevisibles. En caso de riesgos imprevisibles, lo que correspondería es, si sigue interesando el contrato, que ese riesgo imprevisible lo asuma la entidad que representa el interés público, que es lo que se busca obtener o conseguir mediante la ejecución del contrato. Entonces, si el riesgo es un riesgo impredecible o previsible, pero cuyo tamaño no se podía determinar, lo que correspondería es que lo asuma la entidad del Estado, siempre y cuando, insisto, materializado ese riesgo, siga siendo preciso ejecutarse el contrato, porque a lo mejor es tan caro que ya no corresponde seguir adelante; pero sí sería importante que quede claro cuál es el riesgo que asume cada uno, haciendo una especie de matriz de riesgos, lo que es muy habitual en contratos de concesión,

quizá no con el mismo nivel de detalle, porque no son contratos de largo aliento, pero sí sabiendo qué riesgo asume cada quien.

Por ejemplo, si el expediente técnico está mal hecho, no debería ser un riesgo que asuma el privado, salvo que sea algo que podía notar. Me acuerdo de un arbitraje —perdónenme que cuente un caso particular— en el que el problema era que el sistema eléctrico no funcionaba porque habían diseñado mal la obra, de tal manera que estaba, pues, como 20 cm un piso más arriba que el otro; y había otro caso en el que no había sistema eléctrico en el proyecto, iban a hacer un lindo colegio sin luz. Entonces, claro, yo tengo dudas de que ese sea un riesgo imprevisible, cualquiera pudo haber dicho «aquí esto no funciona, está mal», pero ésa ya no es una situación imprevisible, por último, el contratista aceptó y aceptó sabiendo que le iba a pedir la ampliación y la modificación del contrato, que es la otra parte a la cual ya no he entrado a analizar.

Hugo Sologuren Calmet: Gracias, Víctor. A continuación, la doctora Roxana Jiménez tratará el tema «Análisis de los elementos de la responsabilidad civil en un contrato con el Estado». Voy a hacerle la pregunta a Roxana. La Ley de Contrataciones del Estado vigente establece un orden de prelación de aplicación de las normas en relación a la solución de controversias de los contratos públicos; no obstante, la Ley de Contrataciones del Estado ni su reglamento establecen qué se debe analizar para determinar la configuración de una responsabilidad que dé pie a que se genere el derecho a una indemnización. ¿Podríamos decir que existe un vacío en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento con relación a este aspecto? Ante esta ausencia de regulación normativa, ¿es posible aplicar los presupuestos de responsabilidad civil regulada en el Código Civil, a los contratos marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento? De ser afirmativa la respuesta, ¿esta situación no contravendría el orden de prelación de la Ley de Contrataciones del Estado?

Roxana Jiménez Vargas-Machuca: Gracias. Bueno, primero quiero agradecer al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica por esta invitación, para mí es realmente un honor poder estar en esta mesa con personas tan versadas en estos temas, que son tan importantes y tan actuales.

Antes de responder y pasar a mi tema, me gustaría apuntar algo respecto a lo que Víctor ha mencionado hace un momento. Sí, pues, todo este panorama, todo el escenario que tenemos hoy en día de la contratación pública si bien es bastante antiguo, nosotros tenemos, en general, una historia normativa que ha ido sufriendo una serie de modificaciones, que son justamente producto de la experiencia en la práctica. Entonces, ante determinadas circunstancias, situaciones complejas, injustas, contradictorias, ineficientes que se han venido dando ha habido respuestas normativas. Ante esas respuestas normativas, que muchas veces han sido un parche a situaciones concretas, entonces, claro, uno tapa un hueco, pero no se da cuenta que puede producir otro, un bache por otro lado.

Hemos tenido una serie de modificaciones a lo largo del tiempo y creo yo que nos faltará realmente hacer una evaluación transversal de todo lo que es contratación pública, multidisciplinariamente, además, para poder dar soluciones consistentes. Parte de todo este tema ha ido por buscar entre las soluciones a los mecanismos adecuados de solución de controversias en esta materia. En el Perú somos sumamente novedosos, sumamente raros por tener un arbitraje en materia de contratación pública y que, además, es obligatorio. Es obligatorio no porque uno esté obligado a contratar, pero sí está obligado a solucionar sus controversias a través del arbitraje, o sea que, en ese sentido, es obligatorio. Entonces, se ha retirado este tipo de controversias del ámbito judicial, lo cual ha traído situaciones positivas y también situaciones que han tenido que irse solucionando con el tiempo.

Lo positivo es que se tiene personas cada vez más especializadas, que cuentan con el tiempo y los conocimientos en estas materias, para

poder darle solución. Justamente a eso venía la especialización en el arbitraje, en este tipo de controversias, que parte por comprender a fondo toda esta problemática, empezando por la asunción de riesgos, las resoluciones, la ejecución en general, los incumplimientos y la comprensión, además, de los distintos intereses en juego en el marco de una contratación pública, un contrato de obra, un contrato de servicios, en fin, compras públicas. Es sumamente importante poder contar con una especialización en esa materia, la cual es muchísimo más difícil de conseguir en el sistema judicial por todas las razones que conocemos, empezando por la sobrecarga y la diversidad de otras materias que tienen que conocer en lo que es contencioso administrativo.

La normativa peruana actual sobre contrataciones con el Estado contiene hoy una serie de modificaciones que se han dado el 2017 respecto de normas anteriores, justamente para tomar, como decimos, «el toro por las astas», respecto de una serie de problemas incluidos la asunción de riesgo, el equilibrio contractual, incluido también un tema que nos preocupa muchísimo a todos, que es el tema de la corrupción. Y, entonces, tenemos nuevas normas que regulan de otra manera los contratos; sin embargo, seguimos teniendo ciertos vacíos en algunos aspectos, que son los que también voy a comentar.

Por ejemplo, en las modificaciones que tenemos hoy en día se han ampliado los supuestos de impedimentos para participar y contratar con el Estado, tanto para personas naturales como jurídicas, especialmente en casos de delitos de o asociados a la corrupción, evidentemente previa sentencia consentida y ejecutoriada, así como por reconocimiento del delito hecho por la persona natural o jurídica, sus representantes, ante una autoridad nacional o extranjera. También las empresas que actúan como testaferros, empresas sancionadas que pretenden eludir la aplicación de la ley, y también a las personas naturales o jurídicas que pertenezcan a un mismo grupo económico de las impedidas.

Se ha precisado en estas modificaciones que todos los contratos celebrados bajo la ley —cuando digo la «ley», me refiero a la Ley de Contrataciones con el Estado y, bueno, su Reglamento— deben tener todos estos contratos, cláusulas sobre garantías, cláusulas anticorrupción, cláusulas de solución de controversias y cláusulas de resolución de contrato por incumplimiento. En los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, ésta es una introducción bastante importante según el análisis, claro, realizado en la planificación, este análisis forma parte del expediente técnico.

En estos contratos también se aplica una consecuencia específica, en caso la resolución contractual hubiese sido por causa imputable a la entidad, pagar, por ejemplo, al contratista el 50% de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de la obra que se deja de ejecutar. Ésa es una consecuencia muy concreta que se ha establecido en esta ley, con todas las interrogantes que esta solución nos pueda acarrear; por ejemplo, esta cuantía que es el 50% de la utilidad que se ha dejado de percibir por la obra que ya no se va a ejecutar, ¿es el límite para la indemnización al contratista? Una pregunta, ¿qué pasa si sus daños son mayores?; ¿qué pasa si el contratista —otro supuesto inverso— no hizo nada o casi nada de la obra aún y era una gran obra?; ¿le correspondería? Nunca se sabrá en este último supuesto si ese contratista iba a incurrir en demoras o retrasos, pero ¿aun así podría corresponderle un porcentaje de la utilidad limpia por este concepto?; ¿a qué corresponde?; ¿es una indemnización ya tarifada, tasada?; ¿es una penalidad?; ¿qué es?

Asimismo, en las modificaciones que hay en la normativa actual se establece que la entidad pública debe contar con la disponibilidad física del terreno en el caso de ejecución de obras. Sí, ciertamente muchas veces se da que los terrenos no están listos y siempre esto ha sido motivo de una serie de controversias que muchas veces no encontraban solución, sobre todo normativa, ni tampoco estaba previsto contractualmente.

Excepcionalmente, de acuerdo a esta normativa, se permiten las entregas parciales, siempre que las características de la obra lo permitan y esto deberá estar también en las bases en forma clara y específica.

Se establece también la responsabilidad y diligencia del contratista de realizar las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato en un clima de colaboración con la entidad. También se establece en forma general que si se resuelve el contrato, hay pago de daños y perjuicios, lo señala la norma; pero no corresponde dicho pago indemnizatorio —y ésta es una precisión novedosa— en el caso de corrupción de funcionarios o servidores, propiciada por el contratista.

Por otro lado —estoy haciendo un panorama primero—, también se adicionan las causales de nulidad del contrato por temas de corrupción cuando el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas o cualquiera de sus directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes han pagado, recibido, ofrecido o intentado pagar, recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión con relación al contrato celebrado. La nulidad del contrato se va a aplicar —esto también lo señala la norma— sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que corresponda. Aquí no se aclara —y esto es materia de bastantes debates que he podido presenciar— si la indemnización por daños y perjuicios, en este punto, es arbitrable en caso el tribunal arbitral declare la nulidad del contrato por este tipo de razón. ¿Acá sería un caso de responsabilidad extracontractual? En un caso de responsabilidad extracontractual, cuando se declara la nulidad del contrato por ese tipo de razones ¿podría conocer esa pretensión el tribunal arbitral o, dado que es un supuesto de nulidad del contrato y que acarrea daños y perjuicios, deberá ir al Poder Judicial?

En la solución de controversias, de acuerdo a esta normativa, la conciliación es muy importante. Se dispone que «presentada una propuesta de conciliación por el contratista, la entidad debe proceder a realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en 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».

Se señala también que «constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no va a ser acogida en sede arbitral». Asimismo, las entidades no pueden interponer recurso de anulación del laudo u otra actuación impugnante en vía judicial salvo que se cumplan estas condiciones en forma conjunta: que la acción judicial sea autorizada por la máxima autoridad de la entidad mediante resolución motivada y bajo responsabilidad, no es delegable esta función; que la referida autorización sea aprobada por el titular del sector correspondiente, excepto cuando se trate de ministerios, en cuyo caso deberá ser aprobado por el Consejo de Ministros. Con todo esto se aprecia también la intención de la norma que es evitar ir al Poder Judicial sin tener motivo alguno, para reducir la litigiosidad en estos casos y también reforzar el arbitraje.

El tema que me ocupa específicamente es la responsabilidad civil en los contratos con el Estado, lo cual nos lleva, en primer término, a la etapa de la ejecución contractual, esto es, cuando se genera del incumplimiento de una obligación nacida del contrato. Este contrato, ya sabemos, puede estar integrado por una serie de documentos, bases de la licitación, anexos, consultas previas, respuestas, como también acuerdos que se pueden ir dando durante la etapa de ejecución del contrato, como comunicaciones posteriores, en las que las partes precisan o acuerdan modos de ejecución de acuerdo a las circunstancias que aparezcan, porque muchas veces puede estarse ejecutando una obra y, por ejemplo, tienen que poner postes o tienen que colocar, por ejemplo, un tendido de fibra óptica o algo relacionado con la energía eléctrica, y en determinadas circunstancias hay que llevarlo por otro lado, por circunstancias físicas, por el clima, por una serie de motivos, hay que modificar en el camino la ejecución de ese contrato. Esto muchas veces

se va a realizar mediante comunicaciones entre las partes, de acuerdo a esas circunstancias.

¿A la contratación pública —que es la pregunta concreta— se le aplican las mismas reglas que a la contratación civil en materia de responsabilidad? Hay diversas posturas, como siempre, porque el derecho, sabemos, es construcción humana, perfectible siempre, opinable siempre. Por un lado, se sostiene, claro está, que las normas del Código Civil han sido diseñadas sobre la base de la autonomía de la voluntad, igualdad de las partes, la noción privada del interés de las partes, siendo más bien que en la contratación pública el Estado centra sus intereses en la comunidad, en el interés público, en el interés común y contrata con fondos públicos, con fondos de todos nosotros. Es por esta razón que la responsabilidad en este ámbito no se puede evaluar con los parámetros civiles tradicionales, sino desde el derecho público.

Sobre este aspecto hay opiniones sumamente radicales, hay opiniones intermedias y también hay otro tipo de opiniones. En este sentido, el tratadista Cassagne ha señalado, y lo voy a citar porque me pareció interesante:

Mientras en el derecho civil, la responsabilidad mira fundamentalmente el lado de la víctima que sufre daños injustos y la consecuente restitución, conforme a criterios pertenecientes a la justicia conmutativa, el derecho público, constitucional y administrativo, tiene en cuenta los intereses de la víctima armonizándolos con los del Estado y de los ciudadanos, es decir, atiende a las relaciones entre el individuo que padece el perjuicio y la comunidad; sin embargo, la integración de normas del derecho común a las lagunas existentes en el derecho administrativo respecto a la responsabilidad contractual en los contratos con el Estado no implica desconocer las diferencias existentes en las condiciones y finalidades entre los contratos administrativos y los de derecho privado, porque hay principios básicos del Código Civil que no pueden ser desconocidos en la contratación con el Estado, la buena fe, la lealtad, la colaboración, la información,

la previsibilidad de los daños eventuales, el deber de no dañar, la obligación de reparar.

En este punto me parece importante mencionar —y suele discutirse— que si bien, al igual que las relaciones entre privados, el Estado debe responder cuando incumple en forma culposa —esto lo tenemos claramente en la Ley de Contrataciones y su Reglamento—, se cuestiona también si debe asumir la responsabilidad por las consecuencias dañosas de actos lícitos o acontecimientos imprevisibles y ajenos a la Administración. Esto está regulado en otras legislaciones como, por ejemplo, la argentina, que sostiene la responsabilidad contractual del Estado sin falta, es decir, que no se haya producido una falta por el Estado en aquellos casos en los cuales el contratista no está obligado a soportar o tolerar los daños que se le ocasionen como consecuencia de las actuaciones legítimas del Estado, por razones de interés público como, por ejemplo, resolver el contrato por causas que considera de interés superior. El Estado resuelve por este tipo de causas, este tipo de resolución, este tipo de situación, considera la normativa argentina y establece claramente que no debe ser soportada por el contratista.

En nuestro caso, de acuerdo a nuestra normativa vigente, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, ¿se aplicaría el Código Civil para la responsabilidad? Nosotros no contamos con una ley especial sobre responsabilidad del Estado en materia de contratación pública, tampoco existe en la vigente Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento una regulación especial o capítulos sobre la responsabilidad, es decir, desarrollada, regulada, como consecuencia de una inexecución o incumplimiento obligacional, salvo la mención a la indemnización en el caso de resolución por incumplimiento, así como las penalidades, que van por otro lado, en caso de mora. Por lo que es factible aplicar en forma supletoria, considero yo, las disposiciones del Código Civil, más aún cuando el artículo 45 de la Ley de Contrataciones establece sobre los medios de solución de controversias en la ejecución contractual, en el numeral 3: «Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú [ésta es la pirámide normativa], de la

presente Ley y su Reglamento [es la Ley de Contrataciones], así como las normas de derecho público y de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia [no las excluye] en la aplicación del derecho. Esta disposición [señala] es de orden público».

No tenemos tiempo para desarrollar qué causal de nulidad de laudo sería la aplicable en caso de transgredir esta pirámide, porque en la normativa anterior sí se establecía que la transgresión era claramente, tipificadamente, una causal de nulidad; ahora no, simplemente se habla del interés público y, entonces, habría que evaluar en cuál de las causales de la Ley de Arbitraje puede estar contenida como, por ejemplo, en el inciso b) del famoso artículo 63, o algunos consideran que es el inciso c), pero no vamos a entrar en eso.

Sólo como ejemplo, en esta norma se establece respecto en general de las nulidades contractuales, sólo para ver el tema de la aplicación supletoria, el artículo 44, que establece lo siguiente: «Cuando corresponda al árbitro único o al tribunal evaluar la nulidad del contrato, se considera en primer lugar las causales previstas en la presente ley [es decir, la Ley de Contrataciones y su Reglamento] y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional». También tenemos, entonces, la pirámide aplicada aquí.

Volviendo a la responsabilidad civil —y ahora acabo—, el Estado puede ser responsable contractualmente en tanto es sujeto de derechos y deberes, ciertamente, y como tal es pasible de asumir obligaciones y responsabilidades frente a otro sujeto. En el ámbito de la responsabilidad contractual, el contratista, a diferencia del Estado, solamente puede resolver el contrato en estos supuestos, cuando la entidad incumpla alguna de sus obligaciones y dice la norma «esenciales», y aquí tenemos también todo un campo interesante que ya que no tenemos tiempo de desarrollar ahora. Pero es importante poder determinar cuándo estamos ante una obligación que se dice esencial y para ello tendríamos que ver otras normas que están al inicio de la Ley de Contrataciones.

También cuando se presenta una situación de caso fortuito o fuerza mayor que imposibilita la continuación del contrato, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato y que no sea imputable a ninguna de las partes.

El artículo 36 dice: «Cuando se resuelve el contrato por causas imputables a alguna de las partes se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados». Éste es el artículo general que va a ser el paraguas para toda la responsabilidad civil.

Entonces, tenemos que la indemnización de daños y perjuicios va a proceder cuando se haya resuelto por causas imputables. Eso significa, *a contrario sensu*, que cuando no hay causas imputables, es decir, todos los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor de todas las imposibilidades sobrevenidas, no se aplica la indemnización de daños y perjuicios en favor del contratista. Bueno, aquí me quedo, supongo que en la siguiente ronda voy a poder continuar. Gracias.

Hugo Sologuren Calmet: Te agradezco mucho, Roxana. Para liberarme de la culpa te diré que no es mi responsabilidad, me han pasado un papelito los organizadores y me han pedido, primero, que no haga preguntas y, segundo, que, por favor, los corte, porque los del siguiente panel están amenazando con irse.

Bueno, vamos a entrar de frente al tema de Gastón, «Cuantificación de daños en la contratación pública». Ya no voy a dar la introducción de la pregunta, pero sí voy a hacer la pregunta que, dentro de tu exposición, me imagino, vas a desarrollar: ¿cómo se cuantifican los daños en la contratación pública?

Gastón Fernández Cruz: Buenas noches. Obviamente, mis primeras palabras son de agradecimiento al Centro de Arbitraje por la invitación permanente que me hace a estos congresos.

Voy a centrarme exclusivamente en el tema de la cuantificación y rápidamente, dada la amenaza del señor presidente y moderador de la mesa.

Sobre este tema concreto, voy a ser muy directo, la Ley de Contrataciones del Estado, como ustedes saben y, además lo ha dicho Roxana en su intervención, no contiene normas expresas que regulen la problemática de lo que es la cuantificación del daño, es más, no contiene normas generales, inclusive, sobre indemnización de daños y perjuicios. Lo poco que habla la ley, además, lo vincula a la resolución del contrato, y en términos del Reglamento si algo podemos mencionar, lo desarrolla, inclusive, dentro del título de incumplimiento del contrato y, cuando se trata de retraso, lo amarra por la obligatoriedad de la norma a las penalidades moratorias y, en términos de la indemnización general, lo vincula a la resolución del contrato.

Este tema de por sí implica, además, una problemática primaria que hay que señalar y es que, en primer lugar, al no tener estas normas pertinentes —ya también lo ha dicho Roxana, me ahorró un poco la explicación—, tenemos que recurrir necesariamente, obviamente, al derecho común y dentro del derecho común, a otras normas. Aparte de la que citó Roxana, respecto a la solución de controversias, ustedes recordarán que está la primera disposición complementaria final en el Reglamento que señala: «En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado». Y desde esta perspectiva, creo que es absolutamente pacífico entender que toda la normativa general que regula la responsabilidad por daños, incluidas las reglas de cuantificación, son perfectamente aplicables en la contratación pública.

Y acá quiero desmitificar un tema que justamente es la base de los críticos a esto, que es la diferencia entre interés público e interés privado. La responsabilidad civil en general no está pensada básicamente para, digamos, o la tutela resarcitoria, para pensar en la protección de

un interés estrictamente privado, es estrictamente una forma de protección hacia la lesión de un interés tutelable. Y tan es cierto esto, fíjense ustedes, que la moderna responsabilidad civil perfectamente ha trascendido el plano de la responsabilidad en la que se aprecia exclusivamente una relación que yo llamo diádica, es decir, de «tú a tú», de víctima a responsable y el mejor ejemplo que yo les puedo poner en paralelo ustedes lo encuentran porque es la única disposición de avanzada que tenemos, es la responsabilidad ambiental.

En la responsabilidad ambiental, que encaja perfectamente en la moderna responsabilidad como se explica, la víctima de un daño no necesariamente es una víctima individual, o sea, podemos tener daños que se llaman sistémicos, es decir, aquéllos donde existe una víctima sistémica del daño y le encuentran ustedes justamente, los ambientalistas que normalmente no manejan muy bien el tema de la responsabilidad civil, lo llaman el «daño ecológico puro», para justificar la remediación ambiental hacia el ambiente, que es el que finalmente se afecta, independientemente de las víctimas que puedan haber en forma individual, que sufren daños a la salud, por ejemplo, en un ambiente que ha sido dañado por la contaminación ambiental.

Si ustedes notan, ambos son responsables; cuando yo remedio finalmente una afectación, estoy entendiendo la existencia de una víctima sistémica, que es justamente todo el ambiente en el que vive esa comunidad determinada o esa población determinada, y lo que hace finalmente el llamado a responder es tener esta indemnización hacia la víctima sistémica, que es el ambiente donde se vive y lo tiene que remediar y, además, los daños concretos a las víctimas que pueden sufrir, por ejemplo, en su salud o en su integridad.

Eso hace perfectamente que, incluso, se internalice el costo del daño, porque el responsable lo pensará dos veces antes de causar daño, ya que le puede salir más cara la lavada que la camisa al tener que reme-

diar no sólo al ambiente, sino a las víctimas individuales, cumpliéndose la función de prevención del daño.

Por lo tanto, esta división entre interés público e interés privado, en términos de justificar la responsabilidad civil, no existe. Si se vulnera interés, sea público o privado, este interés tiene que ser materia de resarcimiento bajo la tutela resarcitoria. Si acaso después hay normas particulares, podremos discutirlo, pero en la actualidad no hay forma de distinguir esto y, consecuentemente, las normas sobre responsabilidad en general, salvo una disposición concreta que no existe, son plenamente aplicables en todas las disputas que finalmente involucren a las entidades del Estado, bajo la Ley de Contrataciones del Estado. Y en esto quiero ser enfático.

Entonces, entrando un paso más al tema que es materia de mi exposición corta de hoy, es que, en consecuencia, si hablamos de esta vulneración del interés, y al no tener una norma expresa, tenemos, entonces, que preguntarnos ¿cómo vamos a probar el daño?

En primer lugar, quiero que entiendan perfectamente que el daño que es materia de probanza nunca, pero nunca y tercera vez nunca, se refiere a la cuantía del daño. Estamos hablando siempre de la existencia del daño, que es la diferencia entre el *quid* existencial del daño y el *quantum*; por lo tanto, lo que se tiene que probar es la certeza del daño como uno de los elementos del daño resarcible para acreditar, entonces, la necesidad de que éste pueda ser cubierto con la tutela resarcitoria.

La existencia del daño, además, fíjense, depende de la entidad afectada, porque si estoy hablando de daño patrimonial en el sentido de que, entonces, bajo la entidad afecta el patrimonio del sujeto, en este caso de la entidad o del contratista, tengo perfectamente que identificar si se trata de un daño emergente o un lucro cesante. La probanza del daño en el daño emergente es una probanza típicamente histórica porque se trata de probar la sustracción de una utilidad que ya se poseía en

el patrimonio antes de la verificación del daño; por lo tanto, allí sí, de alguna manera, la existencia del daño va directamente hacia cualquier prueba histórica que, finalmente, me demuestre que esa utilidad ya existía antes de la comisión del daño y que la he perdido. Pero el daño tiene, además, en la certeza no sólo esto que se llama certeza fáctica, la existencia en términos de que algo que existía en la realidad se perdió. El daño para ser resarcible tiene que también tener también certeza lógica, es decir, debe ser consecuencia lógica y necesaria del hecho que se invoca.

Y el lucro cesante, fíjense ustedes, a diferencia del daño emergente, tiene directa vinculación con la certeza lógica y no la fáctica necesaria y exclusivamente, porque en lo que es estrictamente el lucro cesante no se trata de probar estrictamente cuánto se ha perdido, lo que se tiene que probar son los hechos que justamente existían para producir a futuro la ganancia perdida y, en consecuencia, lo que se tiene que probar es que algo que normal y necesariamente iba a entrar al patrimonio no va a entrar producto del daño y, de ahí que entonces siempre la certeza del daño, tratándose de lo que es el lucro cesante, es una certeza que va claramente bajo un juicio de probabilidad en términos de lo que ustedes conocen como la relación causal.

Esto es importantísimo que ustedes lo vean y funciona exactamente en términos de probanza de los daños en la contratación pública como en el ámbito privado. Es también, incluso, posible que, por ejemplo, se invocara estrictamente daños, inclusive, no patrimoniales, en términos de la afectación. Piénsese en una contratista que fue involucrada en un proceso de corrupción y que después sale bien librada, demostrando que no tenía nada que ver finalmente en una contratación de este tipo que fue objeto de resolución por parte del Estado, afectando, entonces, básicamente su prestigio y lo que es estrictamente el buen nombre empresarial de ésta, porque claramente, acuérdense ustedes, no se puede predicar propiamente en los términos contemporáneos de la responsabilidad civil de un daño moral de las personas jurídicas, entre ellas de las entidades. El daño moral, estrictamente hablando, es un daño

que afecta finalmente la faz interna de una persona individual y esto estrictamente lo ha señalado ya claramente el Tribunal Constitucional en el Perú bajo el criterio que honor sólo tienen las personas naturales, mientras que las personas jurídicas tienen la proyección finalmente hacia fuera, de lo que las personas finalmente tienen la imagen de lo que yo soy, que es el prestigio o el buen nombre.

Ése es el daño finalmente resarcible en cualquier tipo de persona jurídica, entre ellas, cualquier contratista bajo la Ley de Contrataciones. Y lo que justamente causa a veces controversia, en términos de aquéllos que no conocen mucho las disposiciones de responsabilidad civil, justamente al confundir la certeza del daño en la existencia y en la cuantía, es saber, incluso, que el daño extrapatrimonial o daño no patrimonial tiene básicamente un principio que se va a dar bajo las reglas del daño *in re ipsa*, es decir, es un daño presunto; es decir, cuando, finalmente, yo sufro un daño y yo acredito, por ejemplo, que estrictamente se ha afectado el nombre que tenía en la comunidad, yo no tengo que acreditar finalmente cuánto he perdido necesariamente en esto, es un problema de cuantía. Se presume la sola existencia, fíjense, del daño al nombre, en el prestigio en este caso, en donde, entonces, la carga de la prueba, en términos de daño no patrimonial, debe recaer en aquél que me va a acreditar que no tenía un buen nombre en la comunidad.

El daño *in re ipsa* supone una presunción exacta y les pongo el paralelo para que ustedes lo entiendan muy bien, en términos de responsabilidad civil normal. Si, por ejemplo, muere un padre y el hijo finalmente demanda, entre otras cosas, justamente en ese caso sí un daño moral por pérdida del amor filial que tenía al padre, no se le va a pedir al hijo que finalmente demuestre que existía el amor filial, porque es un daño presunto, y ésta es la importancia de entender el daño extrapatrimonial, la prueba de la existencia del daño hace presumir justamente que, entonces, ese daño es resarcible. Le corresponde la carga de la prueba a la contraparte para demostrar que eso no es así.

En el caso que he puesto de ejemplo habría que demostrar que fue un mal hijo, de repente que atentó contra la vida del padre, de repente que era tan ingrato que jamás en la vida se preocupó del padre, para destruir la presunción del daño *in re ipsa* extrapatrimonial.

Lo que pasa es que, justamente, al estar desprovisto de esta causalidad lógica el daño extrapatrimonial, porque acuérdense ustedes que en el daño patrimonial, en realidad, hay un problema muy claro de doble causalidad, o sea, el hecho generador del daño produce un efecto que es el daño evento, el daño como evento es siempre consecuencia de un hecho generador, pero este daño evento, a su vez, genera causalmente hablando, consecuencias patrimoniales, daño emergente, lucro cesante, es decir, el daño evento está causalmente vinculado al daño consecuencia, y esta doble causalidad es el análisis siempre exacto en términos de responsabilidad civil.

En materia de daño extrapatrimonial no existe esa segunda etapa, porque el daño extrapatrimonial justamente no se traduce necesariamente en términos económicos, y esto significa que es resarcible sólo porque la ley lo ordena, justamente dándole una causalidad atributiva legal.

Es importante entender todo esto, les decía, porque normalmente yo veo que a veces el daño extrapatrimonial es muy mal tratado en términos no sólo de contratación pública, sino en general. Los abogados demandamos, a veces nosotros como árbitros vemos, a veces de segundo orden, «sí, está demandándome daño extrapatrimonial», porque en el razonamiento siempre, por más que sea de derecho el arbitraje, normalmente uno piensa a veces: «No todo debe darse, sino un poco menos», entonces, los abogados razonan y dicen: «Voy a demandar daño extrapatrimonial, para que esa sea la partecita que el árbitro me deje de lado», y en realidad no debería ser así, porque el daño extrapatrimonial tiene un sustento muy fuerte en términos de poder ser materialmente otorgado cuando finalmente, probada la existencia del daño —acuérdense uste-

des bajo el artículo 1322 del Código Civil— siempre el juez está en la necesidad de estimar las consecuencias patrimoniales de ese daño, que es una opción de la legislación nacional y, en general, de las legislaciones comparadas del *civil law*.

Es decir, ¿por qué un daño a la entidad, es decir, al prestigio, al buen nombre, se debe traducir en términos monetarios? Porque si no, no pertenecería a la responsabilidad civil; la responsabilidad civil es una tutela patrimonial y, por lo tanto, hay limitaciones. Hay daños irresarcibles, hay daños que no pueden ser reparados, o sea, la muerte, por ejemplo, de un ser querido no se puede reparar jamás, pero ¿por qué se opta por esta solución? Porque finalmente siempre en la responsabilidad, pensando pro víctima, hay una solución que es finalmente que la función de reparación pueda complementarse a través de esta función claramente afflictivo-consolatoria, que implica una función de mitigación de los efectos del daño y, en consecuencia, siempre para ser tutela resarcitoria tiene que ser materia de traducción en términos monetarios lo que es la reparación de daños y perjuicios.

Lamentablemente, no puedo extenderme más porque me está mirando mal el presidente de mesa, así que les agradezco la atención prestada en estos diez minutos.

Hugo Sologuren Calmet: Les agradecemos mucho su paciencia, pero quiero dejar constancia de dos cosas. La primera es que el doctor Gastón Fernández Cruz ha utilizado exactamente sus quince minutos, a diferencia de los otros ponentes que tomaron el tiempo autorizado del ponente anterior. La segunda es que este panel ha durado menos del tiempo que tenía asignado, así que si terminamos tarde, quéjense con alguien que no sea nosotros. Yo lamento mucho que así haya sido, porque me he sentido privilegiado de poder moderar un panel de lujo con Roxana, Gastón y Víctor. Gracias.

MESA 3: ¿LA MUERTE DE LA EJECUCIÓN EN SEDE ARBITRAL? ANÁLISIS DE SU USO EN LA PRÁCTICA

Laura Castro Zapata¹ (moderadora)

Sara Luz Echevarría Gaviria²

Ana María Arrarte Arisnabarreta³

Jorge Ortiz Pasco⁴

Juan José Garazatúa Nuñovero⁵

Henry Burnett⁶

¹ Abogada en ejercicio en Laura Castro Zapata / Abogada - Arbitrajes. Es titulada en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Unifé), además de máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Ha concluido sus estudios de doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha ejercido la docencia en la Unifé y ha sido asistente de cátedra en las otras casas de estudios mencionadas. Ejerció la profesión en el Estudio Mario Castillo Freyre entre julio del año 2000 y febrero del 2017, en que emprendió el ejercicio independiente de la profesión.

² Egresada de la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y doctorando en Derecho en la misma casa de estudios.

³ Con estudios de negociación, conciliación y arbitraje en la Universidad de Harvard. Cuenta con un diplomado en Derecho de Electricidad, Gas y Energía de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

⁴ Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Piura, director de la especialidad de Postgrado en Derecho Registral de esta casa de estudios y consejero del Estudio Ehecopar. Ha sido superintendente adjunto de la Sunarp.

⁵ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de maestría en Derecho y doctorado en Derecho y Ciencias Políticas.

⁶ Especialista en asuntos internacionales y arbitraje comercial e inversiones estatales junto con litigios generales nacionales e internacionales. Socio en King & Spalding en el área de arbitraje internacional.

Laura Castro Zapata: Buenas noches con todos. En primer lugar, quisiera agradecer al centro de arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú por la gentil invitación, por permitirme participar en esta mesa con tan distinguidos expositores y yo como moderadora.

Asimismo, quisiera agradecer a todos ustedes por haber mantenido la paciencia para escuchar a esta última mesa, a pesar de la hora; y, finalmente, dar la bienvenida a la mesa completa y, en especial, a Henry que viene desde la ciudad de Nueva York.

Si ustedes se han dado cuenta, en esta mesa vamos a tratar el tema del laudo, el laudo en su momento cumbre, porque vamos a analizar aquel momento cuando la parte ganadora de aquella decisión que el tribunal arbitral emitió, la quiere hacer realidad, como bien decía un jugador por ahí, «Tócame que soy realidad», igualmente, el laudo arbitral es el momento donde, para poder hacerlo realidad, para poder hacerlo valer, es cuando la norma lo conoce como ejecución del laudo. Es en ese momento donde desde diferentes puntos de vista, esta mesa lo va a evaluar.

En ese sentido, vamos a analizar la ejecución del laudo en sede arbitral, a cargo de la doctora Ana María Arrarte; en sede judicial, a cargo de la doctora Echevarría; y como parte de la ejecución del laudo interviene también Registros Públicos, en ese aspecto vamos a analizar con el doctor Ortiz cómo es que se maneja esta regulación registral para poder inscribir un laudo arbitral; y, como punto anterior, casi final, el doctor Juan José va a hablar de cuáles son aquellos lineamientos que tiene la institución de Registros Públicos sobre esta inscripción del laudo arbitral; y, también tenemos al doctor Burnett, quien va a analizar la ejecución de un laudo proveniente de un arbitraje internacional.

Un poco la manera como vamos a proceder en el manejo de esta mesa va a ser a través de una serie de preguntas que hemos coordinado

y que pueden ser respondidas para que ustedes puedan tener una mejor ubicación sobre el tema que se va a tratar.

En lo que respecta al doctor Burnett, que va a tratar la ejecución de los laudos provenientes de arbitrajes internacionales, un poco ubicarnos, de repente algunos estudiantes, sobre qué se entiende por un arbitraje internacional y, de manera muy general, el doctor Burnett a lo mejor va a ser un poco más preciso, se da cuando las partes al momento de la celebración del convenio arbitral tienen direcciones o domicilian en Estados diferentes, basta que se dé sólo ese hecho para considerarse que estamos frente a un arbitraje internacional; de igual forma, estaremos frente a un arbitraje internacional cuando aun las partes tengan domicilio en el mismo Estado deciden que el lugar del arbitraje sea uno diferente y cuando muy buena parte de la ejecución de la relación contractual se tenga que realizar en un lugar distinto, esto tratándose de domiciliados en el Perú de manera muy general.

El doctor Burnett va a analizar cómo se va a ejecutar un laudo que proviene justamente de un arbitraje como el que se acaba de describir, un arbitraje internacional. Entonces, para ello, sería interesante, doctor Burnett, que usted pueda indicarnos si es realmente importante tener un mecanismo internacional que nos permita poder ejecutar estos laudos.

Henry Burnett: Hola, un grupo bastante grande aquí. Disculpen, mi español no es perfecto, pero vamos a tratar.

Es muy importante tener un mecanismo internacional para reforzar laudos arbitrales internacionales. Yo voy a hablar solamente sobre la Convención de Nueva York y también de laudos bajo el sistema del Cíadi. Realmente no existe en el mundo un convenio que cubra sentencias judiciales, pero tenemos la convención de Nueva York, y un caso en los Estados Unidos dijo: «Como respuesta a la rápida expansión del comercio internacional, luego de la Segunda Guerra Mundial, la convención

refleja los esfuerzos de los empresarios involucrados en dicho comercio para proveer un mecanismo viable para la ágil solución de disputas del día, pero anteriores acuerdos internacionales no habían demostrado ser efectivos en asegurar la ejecución de los laudos arbitrales».

Realmente me imagino que algunos de ustedes están bien familiarizados con la Convención de New York, pero fue preparada con el auspicio de las Naciones Unidas, entró en vigor en 1959, ahora tiene 156 Estados que la han ratificado y han accedido a ella. Son políticas pro arbitraje y ¿cuáles son los objetivos de la convención? Uno, ejecutar acuerdos arbitrales; dos, no discriminación en contra de laudos extranjeros; y, tres, ejecución transfronteriza de laudos más rápida y eficiente.

Muy rápidamente, los artículos principales. El artículo número 1, que define el alcance de los laudos arbitrales regulados por la convención, extranjeros o no nacionales, surgidos de diferencias entre personas naturales o jurídicas.

El artículo 2 tiene un mandato de reconocer acuerdos arbitrales, tienen que estar escritos, surgir de determinadas relaciones jurídicas, concernientes a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. Se debe remitir a las partes a arbitraje si es que ellos acuerdan arbitrar la disputa.

El artículo 3 es un mandato para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros que dice: «Ningún Estado contratante impondrá condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costos más elevados al reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales extranjeros y no nacionales, que los que la ley impone para laudos nacionales».

El artículo 4, los requisitos básicos para obtener el reconocimiento de un laudo arbitral. Se necesita copia original del laudo para presentar a la corte, el acuerdo original de arbitraje y una traducción oficial si estás tratando de ejecutar el laudo en un país con una lengua diferente.

El artículo 5 es el más famoso porque contiene las causales para no reconocer un laudo. Hay siete. Rápidamente, y ésta es la importancia, una de las importancias, porque todos los países que son signatarios del convenio tienen lo mismo, pueden rechazar la ejecución del laudo por siete razones: 1) incapacidad de las partes o invalidez del acuerdo bajo la ley a la que las partes lo han sometido o la ley del país en que se haya dictado la sentencia; 2) falta de notificación de la designación del árbitro; 3) actuación de los árbitros en exceso de su jurisdicción, esto significa, por ejemplo, que si el tribunal emite un laudo que no está bajo la jurisdicción del tribunal, no es parte del arbitraje. Pero eso ocurre de vez en cuando, sale el laudo y hay alguna pregunta que ha contestado el tribunal que no estaba bajo su jurisdicción; 4) laudo no obligatorio para las partes o laudo anulado o suspendido en la jurisdicción primaria; 5) es posible también ejecutar un laudo arbitral si fue anulado en la sede de arbitraje y tengo un ejemplo, que quizás si tengo tiempo voy a tocar; 6) el objetivo de la controversia no es susceptible de resolución por arbitraje en el país donde el arbitraje fue iniciado; y, finalmente, 7) el reconocimiento de que la ejecución viola el orden público en el país donde se busca el reconocimiento de laudo. Los últimos dos son flexibles o elásticos más o menos, algunas jurisdicciones los usan para no ejecutar los laudos y eso puede ser problemático.

También, por el lado del Ciadi, un laudo Ciadi, un caso de un inversionista contra un Estado bajo el convenio Ciadi, en la ejecución es realmente bajo un argumento más fácil que con el convenio de New York. El artículo 53 dice que el laudo Ciadi es final, vinculante y las bases para anularlo son limitadas por el convenio. Cuando un Estado se rehúsa a pagar un laudo Ciadi o resiste su ejecución, la falta de pago es una violación de sus obligaciones internacionales. Todos los Estados contratantes tienen que reconocer como vinculantes y ejecutar obligaciones pecuniarias del laudo, como si fuera una sentencia de una corte del Estado.

También el Estado del inversionista puede ayudar a convencer con una acción o diferentes maneras para poner presión en el Estado que no está pagando el laudo Ciadi. Realmente, la mayoría de los laudos de Ciadi son pagados. ¿Por qué? Por el riesgo. También los Estados pagan bajo el tratado de Nueva York, pero ¿por qué?, tienen que estar en los mercados internacionales, las financieras y también, si no pagan un laudo internacional Ciadi o bajo el convenio de Nueva York van a tener una reputación negativa, van a ser antipáticos para la inversión extranjera. Entonces esto es por qué es importante.

Laura Castro Zapata: Tomando en consideración los problemas, Henry, que estabas citando, ¿qué riesgos importantes consideras que pueden existir para la ejecución de un laudo internacional? No sé si serían iguales los riesgos que se podrían presentar en un laudo Ciadi como en un laudo no Ciadi.

Henry Burnett: Voy a hablar sobre uno no Ciadi, porque un laudo bajo el convenio de New York provee consistencia mundialmente, pero también estamos hablando de tratar de ejecutar un laudo arbitral en países de todo el mundo y tienen sistemas legales diferentes. Por ejemplo, el proceso judicial local puede ser complicado, las leyes locales pueden no ser favorables al arbitraje, puede haber costos excesivos, retrasos significativos, por ejemplo, si van a tratar de ejecutar un laudo en Nigeria o un país así, es difícilísimo. Corrupción o falta de experiencia de las cortes, también puede ser un problema, la disipación de activos del deudor, también causa problemas. Entonces, antes de comenzar un arbitraje se debe pensar en buscar pedir medidas cautelares para tratar de congelar los activos del deudor potencial y hay mecanismos en New York, por ejemplo, por los que se puede congelar el dinero del deudor antes de que comience el arbitraje.

Laura Castro Zapata: Y hace un momento hiciste referencia a la posibilidad de anular un laudo en la sede arbitral, ¿es posible ejecutar un laudo anulado?

Henry Burnett: Sí, es posible. Hay un caso famoso en el que uno de mis socios fue abogado, Cooperación Mexicana de Mantenimiento Integral contra Pemex Exploración y Producción, la empresa petrolera estatal de México. Me voy a referir a ellos como Commisa y PEP. Commisa fue nuestro cliente y ambas tuvieron un acuerdo para arbitrar disputas. En diciembre del 2004, ellos tuvieron una audiencia arbitral y terminaron en México y el demandante ganó como 300 millones de dólares. Después, México cambió una ley que decía que este tipo de disputas no son susceptibles de arbitraje y después, el laudo fue emitido a favor de nuestro cliente. Entonces, fuimos a ejecutarlo en la Corte de Nueva York, y la corte de la primera instancia federal confirmó el laudo para la ejecución. Como ocho meses después, la corte en México anuló el laudo y, entonces, PEP apeló la sentencia de primera instancia y la corte de apelación anuló la sentencia de la corte de primera instancia y envió el caso a esta corte de primera instancia. Tuvimos una audiencia con muchos testigos y todo, y es posible bajo el convenio de Nueva York para ejecutar, confirmar un laudo, por el propio lenguaje del tratado. Y el juez decidió «Mira, este proceso en México, que no tuvo debido proceso, yo no voy a reconocerlo, yo voy a ejecutar o confirmar este laudo arbitral».

Hay un caso que tengo que traducir, «Una corte puede confirmar un laudo anulado donde la anulación extranjera es repugnante a nociones fundamentales de lo que es decente y justo». Este juez decidió eso y yo he visto otros casos, es bastante raro tener la confirmación de un laudo. En los Estados Unidos, por ejemplo, cuando fue anulado en otro país, yo he visto otros, en mi opinión, muchos más ejemplos de anulación en otro país, que claramente fue corrupto o algo así, y los jueces en los Estados Unidos muchas veces dicen «No vamos a confirmar nada, porque fue anulado en Malasia» o en otro lugar.

Eso incluye un caso que tuvimos. El demandado trató de anularlo en Malasia, como tres años después de la prescripción. Entonces, sí es posible, es raro, pero este juez en New York pensó mucho en eso y tui-

mos una audiencia de casi una semana, con muchos testigos y expertos en Derecho mexicano y, gracias a Dios, el cliente obtuvo el dinero.

Laura Castro Zapata: Bueno, muchísimas gracias Henry. Lástima que no tenemos tiempo porque sé que habías traído varios casos para poder analizar; pero, según las directivas que nos han dado, tenemos que continuar.

Le vamos a ceder la palabra a la doctora Ana María Arrarte, quien va a tocar el tema de la ejecución de laudos en sede arbitral, teniendo que contestar la pregunta medio macabra de si esa facultad de ejecutar el laudo en sede arbitral ya deberíamos considerarla como muerta o es que algo todavía se puede hacer. En ese sentido, creo, de acuerdo a las conversaciones que tuvimos con la doctora Arrarte, que sería interesante que pudiera iniciar la exposición manifestando si esta ejecución del laudo en sede arbitral es potestad inherente al ejercicio de la jurisdicción.

Ana María Arrarte Arisnabarreta: Sí, antes de contestar la pregunta, que lo haré en unos segundos, creo que primero, lo primero, agradecer al centro de arbitraje por permitirme estar aquí, por darme la oportunidad de compartir algunos puntos, algunas dudas y aprender de los expositores, de quienes, estoy segura, el día de hoy me voy a llevar algo que me va a servir, y eso creo que es lo importante.

El tema de la ejecución del laudo y, específicamente, la ejecución arbitral de los laudos, debo admitir que es algo que me cautivó muchísimo cuando entró en vigencia la nueva ley que incorporaba esta posibilidad, porque a todos nos queda claro qué es lo que queremos cuando vamos a un proceso arbitral, cuando las partes pactan ir a un proceso arbitral es un mecanismo que sea expeditivo, que sea rápido, que los costos no sean desproporcionados y, cuando hablo de costos, hablo de tiempo, de esfuerzo, de dinero y, finalmente, que la decisión que se obtenga sea ejecutable y sea ejecutable en el plazo más breve posible. De

nada me sirve un proceso muy rápido en el que tengo una decisión que no se puede ejecutar.

La posibilidad de ejecución por parte de los árbitros, yo creo que era un plus y, de hecho, es un plus al que no le hemos sacado el provecho debido. Creo que hay que buscar una manera de que pueda funcionar.

Entonces, respecto a la pregunta macabra, yo creo que no, que nada está muerto cuando tenemos tantas cosas por hacer y por enfrentar en el tema, para abordarlo mejor y aportar. Y sobre esa base, creo que es importante tener en cuenta que —aquí viene el tema— ¿en el Perú, los árbitros naturalmente tienen facultades para ejecutar los laudos? La respuesta es, naturalmente, no. Lo que ocurre es que la ley permite que las partes otorguen al árbitro potestades de ejecución, potestades de ejecución que van a tener límites muy claros en el uso del *ius imperium*, en el uso de la fuerza, por ejemplo. Pero eso no quiere decir que los árbitros no estén en aptitud de ejecutarlos, porque no todas las ejecuciones requieren el uso de la fuerza. Entonces, está condicionado a que las partes acuerden darle esta facultad al tribunal, a los árbitros o, en su defecto, que las partes se hayan sometido a algún reglamento arbitral, cuando estamos ante un arbitraje institucional, en el que sí se prevé la ejecución.

Es importante señalar, como lo voy a decir en un momento más, que todos los reglamentos arbitrales que tenemos, por lo menos en nuestro país, recogen la facultad de ejecución, y creo que esto es algo importante y que no siempre es percibido. Muchas veces las partes se someten de frente a un arbitraje institucional regido por las reglas, por ejemplo, del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y no reparan que con eso están dando a los árbitros también facultades de ejecución, y creo que éste es un punto que explorar.

La norma que da estas facultades de ejecución también señala —y creo que esto es parte del problema, parte del virus que está originando que no funcionen las cosas como deberían— que el tribunal tiene estas

facultades si las partes se lo dieron, pero, a su vez y a su sola discreción, el tribunal arbitral puede disponer que no corresponde la ejecución arbitral, sino judicial, porque a su discreción eso es lo pertinente.

Entonces, basta con la discreción del tribunal que tiene facultades de ejecución, a quien las partes le han dado facultades de ejecución, para decidir que mejor lo vea el Poder Judicial y, la verdad que sea dicha, esto es lo que normalmente ocurre. Los árbitros, en su gran mayoría, no queremos comprarnos un pleito de esa naturaleza. Entonces, de alguna manera termina siendo un doble rasero, queremos ser quienes realizan una función jurisdiccional, ser casi jueces, pero no queremos ser jueces en la parte fea, que es la parte de la ejecución, y ahí decimos: «No, mejor que esto vaya al Poder Judicial, allí tienen el uso de la fuerza y pueden hacer cumplir las decisiones».

Entonces, creo que es parte de lo que tenemos que cambiar, y aquí están las disposiciones de tres centros, el centro de arbitraje de la universidad, donde expresamente considera la misma lógica, concretamente, cuando las partes se someten al reglamento de arbitraje de la PUCP, y también de la Cámara de Comercio de Lima y también la de Amcham están dando a los árbitros facultades de ejecución. En este momento quien tiene facultades de ejecución más limitadas es la Cámara de Comercio de Lima, donde se establece que esta facultad de ejecución solamente se puede dar en arbitrajes nacionales y no en arbitrajes internacionales. Entonces, ha establecido expresamente que por excepción podrá otorgarse esta facultad y también considera que a su sola discreción puede disponer que los actos de ejecución sean realizados por el Poder Judicial.

Entonces, ¿es una facultad inherente por ser árbitro? No. ¿Es una facultad que viene de la norma? No. Lo que ocurre es que la norma autoriza a las partes a pactar y a darle al árbitro o al tribunal arbitral esta potestad de ejecutar; siempre que exista un pacto en ese sentido

corresponderá que los árbitros se pronuncien y, además, en la medida que tenga el límite natural, que es que no pueden usar la fuerza.

Entonces, si me preguntan por qué no está funcionando la ejecución arbitral, creo que es por ese virus que está en el artículo 68, discrecionalmente puedo decidir que si considero que es mejor que lo vea el Poder Judicial, es mejor que lo vea el Poder Judicial y, claro, yo como árbitro también digo «Es mejor que lo vea el Poder Judicial», porque no quiero tener un nivel de situación tan delicada. Pero creo que pasa por asumir y dejar de tener una doble medida, una función jurisdiccional, si me dan esa facultad de ejecución, si las partes me han confiado, finalmente, un encargo tan importante como éste, del que depende finalmente la eficacia del arbitraje, pues creo que lo que corresponde es estar a la altura de eso y asumir, más allá de nuestros miedos naturales, qué eso es lo que hay que hacer. Ésa es la primera pregunta.

Laura Castro Zapata: Ana María, tomando en consideración esas limitaciones a esta potestad de poder ejecutar el laudo en sede arbitral, ¿eso quiere decir que no en todos los supuestos se puede ejecutar un laudo en sede arbitral? Entonces, ¿cuáles serían esos supuestos en los que cabría, en todo caso?

Ana María Arrarte Arisnabarreta: Creo que primero debemos partir del escenario de cuándo nos es útil, o sea, casi siempre los árbitros, en la medida, sea porque las partes pactaron —pero debo confesar que éste es el caso menor, no es común que las partes pacten la ejecución judicial—, pero sí es muy común que las partes se sometan a un reglamento que tiene incorporada la facultad arbitral. Entonces, lo primero es que hay que ser conscientes de cuándo tiene sentido pactar la ejecución arbitral, de hecho, cuándo tiene sentido ir a un arbitraje.

Lo digo porque hay casos donde claramente no tiene ni pies ni cabeza recurrir a este mecanismo. Si lo que está en discusión, por ejemplo, es un simple y común contrato de arrendamiento, donde lo que se va a

discutir es la desocupación del inmueble y el pago de la renta, ¿qué hago en un arbitraje?, porque lo que va a ocurrir es que va a salir el laudo y me va a decir «Te tienen que pagar y, efectivamente, el demandado tiene que salir, así que corresponde que sea desalojado», y yo le digo «Señor, ahora desalojelo, pues», entonces le dice «Yo creo que es conveniente que salga del Poder Judicial», porque claramente ahí hay un tema de uso de la fuerza, o sea, si sale espontáneamente enhorabuena, pero eso no suele ocurrir. Entonces, allí realmente no tiene sentido, porque es claro y es previsible que la ejecución que viene va a necesitar *coertio*, va a necesitar el uso de la fuerza.

Pero hay otros casos donde creo que es perfectamente viable la ejecución arbitral y ahí los he indicado. El primero es, por ejemplo, cuando estamos frente a un laudo que tiene un contenido, un mandato declarativo, constitutivo, que alcanza —esto es importante— únicamente a las partes del convenio arbitral y el laudo no va a requerir una ejecución mayor, creo que es perfectamente posible que se ejecute. Por ejemplo, si estamos hablando de la declaración de la resolución de un contrato, a la hora que notifico el laudo, se está ejecutando, se declaró resuelto, o no resuelto, nulo, o no nulo, porque no va a requerir actos posteriores.

¿En qué otros casos? Creo que también es perfectamente viable una ejecución arbitral cuando estamos frente a una decisión de condena, una obligación de dar, hacer o no hacer, pero específicamente coloquémonos en la de hacer, de modo que qué ocurre si notifico a la parte perdedora y le digo, «Corresponde, por ejemplo, que otorgue la escritura pública», y me dice «Ah sí, pero no lo voy a ejecutar», y el árbitro le va a decir «Pero tiene que ejecutarla, señor, y, además, tengo facultad jurisdiccional —y cita la norma de la Constitución—, usted tiene que cumplir», «Ah sí, pero no lo voy hacer». Entonces, el tema es que el árbitro ahí no se puede quedar, porque puede decir «No se preocupe señor, ¿usted no lo va a hacer? Ok. Usted se ha sometido a este proceso, usted acordó y se sometió libremente a un arbitraje y, en ese arbitraje, yo tengo facultades de ejecución. Entonces, lo que va a ocurrir es que

yo me voy a subrogar en su lugar y voy a firmar, finalmente, la escritura pública por usted».

Eso quiere decir que en la medida que el acto de ejecución no implique el uso de la fuerza y, por ejemplo, el árbitro esté en aptitud de subrogarse en la posición de quien tiene que ejecutar, creo que es perfectamente válido que estemos ante ese escenario. Lo que ocurre es que necesitamos que los árbitros se animen a hacer eso, o sea, todavía no llegamos a esa segunda parte, ahí va a ser eficaz la ejecución; pero de que se puede, se puede. Que no se haga, es otra cosa.

Luego también es perfectamente válido cuando estamos en una situación donde la ejecución requiere la intervención de un tercero. Fíjense bien, ésta es la parte tal vez más gris o más álgida. ¿Por qué? Porque una cosa es que yo obligue a la otra parte y a la parte que firmó su convenio, porque se obligaron a respetar el arbitraje, porque se sometieron a un arbitraje y porque me dieron competencia como árbitro para resolver y otra cosa muy distinta es que para ejecutarlo tenga que recurrir a un tercero que no firmó ningún convenio arbitral, para decirle «Tienes que cumplir». ¿A qué me estoy refiriendo? Lo más común es cuando estamos frente a entidades bancarias o financieras y hay que trabar algún tipo de embargo, ya no como medida cautelar, sino como medida de ejecución. Tiene que ejecutar una carta fianza, tiene que embargar, tiene que retener.

Entonces, obviamente, ahí nos encontramos frente a dos problemas. La primera reacción es que va a decir «Mira, yo no ejecuto nada». Primero porque, obviamente, si estamos frente a un banco o a una institución financiera, tiene su corazoncito, su lealtad con el cliente y en la medida que pueda demorar la ejecución, la va a demorar; y en la medida en que pueda no embargarle las cuentas, no se las va a embargar; y en la medida en que pueda no ejecutar la carta fianza, va a hacer lo posible por no ejecutar la carta fianza. Y ¿qué nos va a decir? «Yo no me sometí

a ningún arbitraje», «No somos parte de ningún convenio, no tenemos por qué ejecutar lo que se ha dispuesto en un proceso que nos es ajeno».

Pero ésa, en mi opinión, no es una respuesta que pueda ser sostenible. Primero, la misma Constitución le da al arbitraje la facultad jurisdiccional, le da la potestad jurisdiccional. Segundo, dentro de esas potestades otorga a las partes la posibilidad de que le den facultad para ejecutar. Al momento de ejecutar, el tercero tiene que ser muy consciente de lo siguiente: yo no estoy ejecutando bienes de un tercero, yo no estoy ejecutándole al tercero nada, yo no estoy afectando al tercero, yo estoy afectando a la parte que sí firmó el convenio arbitral, estoy afectando a la parte que sí se sometió al arbitraje y que está obligada a cumplirlo. Simplemente que requiera la intervención del tercero no quiere decir que ese tercero sea afectado, porque no lo es. Una institución financiera no es afectada cuando ejecuto un mandato arbitral y debería cumplirse.

El tema, felizmente —pero ya lo va a explicar con mayor detalle el doctor Ortiz—, en lo que es Registros Públicos, decisiones arbitrales, que es muy típico, no va a requerir ir al Poder Judicial para la ejecución. ¿Por qué? Porque en Registros, finalmente, pueden expedirse partes arbitrales y se ejecuta, y es exactamente la misma función, es un tercero que finalmente es el vehículo a través del cual se ejecuta una decisión que afecta a una de las partes que sí ha sido materia del proceso.

Entonces, ésa es la figura y creo que ése es el problema. El problema es: ¿qué pasa si es que ese tercero, esa institución financiera, me dice «Tú serás muy jurisdicción, muy árbitro, pero yo no voy a ejecutar tu mandato y solamente voy a hacer caso cuando venga una decisión judicial que me haga cumplir; si no, no te voy a hacer caso»? O sea, yo puedo sacar todas las normas, todos los pergaminos, todos los actuados arbitrales y me va a decir «Sí, pero no te voy a hacer caso». Y ahí, lamentablemente, los árbitros no contamos con facultades de ejecución, porque lo que viene es hacer uso de la fuerza y ya no podemos.

Entonces, hasta ahí llegamos, cuando el tercero se rehúsa, se rehúsa, se rehúsa, eso se va a trasladar al escenario judicial, entonces sí creo en por qué no está funcionando, éste es uno de los temas, porque finalmente, cuando el tercero se rehúsa no existe un mecanismo para obligarlo, necesitaríamos que exista una norma que expresamente lo diga, pese a que yo sí creo, sinceramente, que existe la posibilidad de ejecutar, primero, porque es una facultad jurisdiccional; segundo, porque la norma lo autoriza; y, tercero, porque la propia Ley de Arbitraje dice que cuando las normas hacen alusión a un mandato judicial debe entenderse también equiparable a un mandato arbitral. Legalmente no hay una razón que justifique esa situación, pero de que en la práctica se da, se da. Y yo creo que éste es el nudo que ha determinado que finalmente no cumpla el rol que debería.

¿Existe alguna manera de superar esto? Sí, y de verdad lo digo siempre que me piden hablar de ejecución, y hasta ahora no he tenido éxito, pero voy a seguir en el intento. Sí existe y creo que es bien importante esta segunda disposición complementaria de la Ley de Arbitraje que dice expresamente «Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de las medidas cautelares o de los laudos a cargo de los tribunales».

¿Se imaginan ustedes qué importante sería que tengamos una institución arbitral que tenga un convenio, por ejemplo, con las instituciones financieras y que las instituciones financieras se comprometan a la ejecución sin necesidad de un requerimiento judicial? ¿Acaso eso no significaría que tiene un valor agregado? Yo les aseguro a los centros de arbitraje que van a tener muchos más casos si tuvieran una cláusula como ésa que, de alguna manera, facilita a las partes y permite evitar el tránsito por el Poder Judicial, que es inevitablemente engorroso por la carga judicial y por todo lo que nosotros conocemos. Entonces, creo que este punto está en la ley desde hace muchísimos años, pero hasta ahora, de repente es ignorancia mía, pero no conozco ningún convenio

de cooperación que se haya firmado y sí creo que ésta es una ventana superimportante que en tanto no se use va a ser una oportunidad desperdiciada.

Laura Castro Zapata: Muchísimas gracias, Ana María, por tu exposición. Ahora vamos a escuchar la exposición de la doctora Echevarría, quien nos va a comentar sobre la ejecución de los laudos en sede judicial. Aquí es interesante, porque creo que parte de la problemática que puede existir para poder ejecutar un laudo en sede judicial también es cómo resuelven los árbitros. Doctora, usted nos va a explicar cuáles son esos inconvenientes que ha visto en la práctica, para que se pueda ejecutar de manera íntegra un laudo en sede arbitral.

Sara Luz Echevarría Gaviria: Buenas noches. Continuando con la exposición de la doctora Ana María Arrarte, fue muy interesante hacernos recordar de esta disposición final de la Ley de Arbitraje. Pero mientras exponía, iba pensando en la Ley de Garantía Mobiliaria, que realmente es viable, sobre todo, lo vemos nosotros en los procesos de incautación de vehículos. Si la ley no hubiera recogido esta posibilidad, desde un inicio otorgar esas facultades al privado, es ciertamente difícil porque hay resistencia por parte de los terceros para cumplir los mandatos, si es que o voluntariamente no hay las facultades otorgadas, donde ya es irreversible, tiene que cumplirse esta delegación, o a través del mandato judicial y, sí pues, es comprensible que en sede arbitral no se quieran comprar el pleito de una ejecución, que de pronto es complicada.

El tema que yo voy a abordar es la ejecución de los laudos. Ya tenemos un laudo, terminó el procedimiento arbitral, y ahora lo necesario, que es la ejecución. No se pudo hacer en sede arbitral o no se hizo, o no se quiso, en fin, y lo único que queda para el justiciable —porque lo es, aun en sede arbitral— es voltear hacia el Estado, que es el que tiene la capacidad de hacerlo cumplir coercitivamente. Y esta potestad la tenemos, el artículo 59 de la Ley de Arbitraje nos coloca como subsi-

diariamente en nuestro rol complementario, porque ¿para qué tenemos un laudo si no lo vamos a poder ejecutar? Y volviendo al círculo, es el Poder Judicial el único que nos puede garantizar ese cumplimiento, por el ejercicio de la fuerza.

¿Cuál es la base legal nuestra para poder ejecutar un laudo? Sabido es que estamos ante una jurisdicción arbitral, que tiene, cómo no, origen en la Constitución, reconocida así, pero, ciertamente, no goza de los mismos atributos que la jurisdicción plena del Estado. Entonces, ¿en dónde aparece? Es cuando necesitamos de esa fase coercitiva que solamente tiene el Estado. El laudo arbitral tiene la calidad de una sentencia con cosa juzgada, es decir, expedita para ser ejecutada; sin embargo, justamente en esa fase de la ejecución es donde vamos a necesitar la presencia del Estado para poder ejecutar un laudo.

Actuación complementaria. El laudo tiene calidad de título ejecutivo y eso es lo que nos dice nuestro Código Procesal Civil, pero, sí una recomendación, una advertencia, lo dice la norma y lo dice también nuestra propia formación, pero a veces en el ejercicio nos olvidamos un poco de esto que es elemental.

Como título ejecutivo esto tiene que contener prestaciones que sean expresas, ciertas y exigibles, y a veces pasamos por alto ello. Prestaciones ciertas, expresas y exigibles. Tenemos, pues, que del mismo título tiene que emanar quiénes son los obligados, quién es el acreedor, en qué consiste esa prestación y, además si ésta es reclamable, exigible, condiciones cumplidas, plazos vencidos. De lo contrario no podrá ser ejecutado, por no contener una prestación con esas características. Para que sea título ejecutivo necesariamente tiene que contener estas tres condiciones o estas tres características.

Ejecución de laudo arbitral. Tenemos, entonces, la ejecución compulsiva, que solamente la pueden ejercer los jueces, y, luego, de manera voluntaria, porque estamos en ese ámbito, los árbitros, ciertamente en

sede arbitral. Los jueces ¿por qué?, porque somos los únicos a quienes el Estado nos reconoce ese atributo del *coertio*, nosotros nos encargamos de la ejecución forzada. Tomando el ejemplo del arrendamiento, que a veces pactan, pues el arbitraje, arrendamiento y subsecuente desocupación del inmueble y entrega de la posesión, evidentemente va a implicar el ejercicio de la fuerza, entonces, la conveniencia o no de incorporar un convenio arbitral para estos efectos es un tema que las partes tienen que evaluar.

Los jueces, entonces, ejecutan el laudo porque tienen el ejercicio de la fuerza pública; los árbitros pueden hacerlo siempre que gire en torno a las facultades de ejecución que los propios privados le otorgan.

El tratamiento de la ejecución del laudo arbitral lo tenemos en la actualidad con el Decreto Legislativo n.º 1071, y en sede judicial también lo tramitamos a través del Código Procesal Civil, y ambas tienen que compatibilizarse. A ver, en sede del Decreto Legislativo n.º 1071, es decir, en sede arbitral, se lleva a cabo el proceso arbitral y nosotros en ejecución netamente es un proceso judicial. La cobertura de la ejecución en sede arbitral podríamos decir que es parcial, porque no podríamos completar ese circuito de la ejecución forzada. A nivel judicial, ciertamente, la jurisdicción es plena, es total, porque desde el reclamo del cumplimiento hasta la ejecución forzada, que es donde vamos a intervenir, el objeto es seguir, pues una ejecución forzada en sede judicial para complementar también aquella ejecución que puede haberse iniciado en sede arbitral y suspendida o detenida, ante la inminencia de la necesidad de la fuerza pública, donde las partes van a tener que, de todas maneras, recurrir al Poder Judicial.

El juez competente para tramitar la ejecución de un laudo es el juez subespecializado en lo comercial y, en el lado izquierdo, tenemos que el tratamiento de la ejecución del laudo está dentro de una generalidad de los procesos únicos de ejecución. Por tanto, acá para tramitar la ejecución de un laudo, es el juez especializado en lo comercial; sin embargo,

para las otras ejecuciones, en virtud de otros títulos en sede judicial, puede también, dependiendo de la cuantía, ser competente el juzgado de paz letrado.

Las causales de defensa. En este caso, la contradicción que es la defensa que ejerce el ejecutado en los procesos de ejecución en sede judicial en general, están, sabemos bien, en tres grupos: aquéllas que atacan el título o la obligación contenida en él, ahí hablamos de la inexigibilidad o iliquidez de la obligación, nulidad o falsedad del título, extinción de la obligación, que se busca acreditar con medios probatorios que también son restringidas, pero de todas maneras tenemos un as de tres: declaración de parte, documentos y pericia. De todo este grupo de procesos ejecutivos en sede judicial tenemos uno en particular que es equiparable, por supuesto, con el laudo arbitral, que es la ejecución de resoluciones judiciales y ahí sí vamos a tener similitudes en el tratamiento de la ejecución del laudo en sede judicial.

Acá las causales de contradicción, si se quiere, llamadas «causales de oposición» por el Decreto Legislativo n.º 1071 es únicamente estos dos extremos, es el cumplimiento de la obligación, o sea, la parte ejecutada para oponerse a este requerimiento de ejecución de un laudo solamente puede invocar el cumplimiento de la obligación, al igual que en la ejecución de las sentencias, de las resoluciones judiciales, el único medio de defensa que tiene o causal de defensa, es el cumplimiento de la obligación. Igualmente, habida cuenta que un laudo se equipara a una sentencia con calidad de cosa juzgada, también su oposición radica en el cumplimiento de la obligación.

El Decreto Legislativo n.º 1071 nos señala también otra causal por la cual se puede uno oponer a la ejecución de un laudo, que es la declaratoria de la suspensión de la ejecución. ¿Quién declara esta suspensión de la ejecución? La sala comercial que estuviera conociendo y hubiera así resuelto ante un pedido de suspensión, en un recurso de anulación de laudo arbitral.

Entonces, son sólo dos posibilidades para poder oponerse a esta ejecución: cumplimiento o suspensión ordenada por un juez superior de una sala.

Los medios probatorios que no sirven para acreditar estas causales son, en el proceso ejecutivo de anulación del laudo, solamente los documentos. ¿Qué cosa tiene que verificar el juez para expedir el mandato ejecutivo ante un pedido de ejecución de laudo? Primero que nada, esto está referido a la presentación del laudo arbitral, tiene que contener obligación expresa, cierta y exigible; y penosamente hemos encontrado a veces procesos de ejecución que se tienen que declarar improcedentes porque no despacha ejecución la obligación que ésta contiene, y ahí sí sería una invocación para que las partes sobre todo cautelén que el tribunal, al momento de laudar, cumpla, efectivamente, con que su mandato contenga estas tres condiciones; de lo contrario, no va a ser tramitable, ni siquiera en sede judicial por la vía del proceso único de ejecución.

Ciertamente que el ejecutado no haya cumplido con el pago, de lo contrario, ya no habría razón. Que los efectos del laudo no se encuentren suspendidos, que es más o menos lo mismo.

Traigo para ustedes, les voy a mostrar, un estudio pequeño que hemos hecho al respecto de los procesos de ejecución de laudos en los años 2016, 2017 y en lo que va del 2018. En el año 2016 se han interpuesto 225 demandas ejecutivas de ejecución de laudos; en el 2017, 250; y, en lo que va de este año, 187.

Esto lo voy a pasar rápido porque es un desglosado en donde está ese número de ingresos por juzgados comerciales, que son 17. Esto es, igualmente, respecto al 2017, los números genéricos ya los hemos visto, el tiempo no nos da para poder ver cuánto está conociendo cada juzgado.

En cuanto a salas comerciales, donde vemos ya las apelaciones, la primera sala comercial ha visto 39 expedientes en el 2016, la segunda ha visto 25.

Ésa es la composición más o menos de lo que venimos conociendo. Ésta es la cantidad de expedientes que se han conocido en segunda instancia, las salas comerciales, y éste es el universo. El color oscuro son los principales que han sido apelados y todo lo demás son incidentes son autos que han subido en apelación y vemos, pues, que hay un problema ahí en la ejecución, la litigiosidad o la complejidad que los propios abogados a veces fomentamos.

Laura Castro Zapata: Lamentablemente, acabó el tiempo de la doctora. Nos faltan dos exposiciones y ya he conversado con los doctores que faltan y, en realidad, será muy breve, porque se va a analizar la normativa registral para la inscripción del laudo arbitral. Creo que por la hora misma ya no vamos a seguir con la manera que habíamos pactado, que era poder hacerle las preguntas puntuales a cada uno de ustedes, sino que de repente en la presentación que va a hacer Jorge Ortiz, tengo entendido que hay una norma, que es la Ley n.º 30313, que marca de repente un antes y un después, podrías introducir sobre qué trata esta ley, sólo a efectos de esta mesa, de qué trata, saber si antes de esta norma había la posibilidad de poder dejar sin efecto una inscripción, como consecuencia de un laudo arbitral y, asimismo, si podrías indicarnos si existe un precedente de observancia obligatoria sobre las calificaciones de los laudos, que eso es importante. Y, de repente, tu punto de vista sobre qué ha pasado con esta calificación de los laudos para que puedan ser inscritos y no sé si alguna otra idea pudieras aportar. Yo te agradecería que lo pudiéramos hacer en un tiempo corto.

Jorge Ortiz Paseo: Buenas noches. Es muy puntual. Hace cuarenta años a esto antes de entrar a una fiesta, le hubiéramos llamado «Te tocó bailar con la más fea»; entonces, hoy en día estamos en otro mundo, pero la verdad es que el dicho no ha perdido peso.

En concreto, ¿se puede dejar sin efecto una inscripción por laudo arbitral? Sí y esto es una forma que no necesitaba de la Ley n.º 30313, la Ley n.º 30313 ha sido un tremendo cuento y ¿a qué me refero?, me refero a que, por ejemplo, el Tribunal Registral en el año 2009 —la Ley n.º 30313, es del 2015—, en el año 2009 ya lo había dicho. En un caso concreto de un laudo arbitral, que una registradora calificó mal y el Tribunal Registral le quitó la alfombra a la registradora, y le dijo «Un laudo arbitral puede dejar sin efecto una inscripción», y eso por el poder que tenía el laudo desde la creación de la justicia arbitral.

Entonces, esto de que con la Ley n.º 30313 hoy podemos dejar sin efecto una inscripción vía laudo arbitral es mentira, desde el año 2009 ya se podía hacer; punto uno.

Punto dos: ¿existen precedentes de observancia obligatoria para la calificación de laudos arbitrales? El tema también es muy concreto. Existieron. El Pleno 99 del Tribunal Registral aprobó uno y el Pleno 122 lo dejó sin efecto textualmente. Y ¿esto qué significa? Significa que, lamentablemente, una vez más en el país actuamos reaccionando frente a un hecho concreto. ¿Por qué digo «reaccionando frente a un hecho concreto»? Porque en ese momento el delincuente de moda era Orellana —pareciera que el Perú últimamente anda de moda de delincuente en delincuente— y, entonces, frente a Orellana corrieron y dijeron «Hay que dejar sin efecto el precedente de observancia obligatoria». «Listo». «¿Qué hacemos? Nos reunimos todos y se acabó, ya no hay precedente de observancia obligatoria».

Eso es una debilidad, porque la calificación registral de documentos judiciales, la de justicia de paz, la de documentos administrativos sí tienen precedentes de observancia obligatoria de calificación, y en el mundo del arbitraje nos hemos quedado sin precedente de observancia obligatoria.

Punto tres. La Ley n.º 30313 trajo una novedad sumamente interesante, en el artículo 6 dijo: «La decisión arbitral queda sujeta a las normas que la Sunarp pueda dictar con respecto al principio de titulación pública auténtica»; o sea, más claro, lo que estaba diciendo era que un laudo iba a pasar por lo que Sunarp quisiera regular y, en ese escenario, Sunarp sale al frente, estoy hablando del 2015 —y hago el deslinde porque Juanito recién está en la Superintendencia y, además, pensamos igual sobre lo que ha pasado en los últimos tiempos— y se dicta una resolución de superintendencia en la cual se dice concretamente que el laudo arbitral tiene que ser protocolizado por un notario.

Eso lo dijo una resolución de superintendencia, pero fue muy gracioso porque la resolución de superintendencia no podía modificar el artículo 2010 del Código Civil, pero se dijo y después se dieron cuenta del tema y, entonces, se dictó en el Decreto Legislativo n.º 1232. ¿Qué dijo el Decreto Legislativo n.º 1232?: «Voy a modificar el artículo 65 de la Ley del Notariado». ¿Y qué decía el artículo 65 de la Ley del Notariado? «Contenido del acta de protocolización»; o sea, le estaban diciendo al notario —ya la Ley del Notariado se lo había dicho— qué debe contener el acta de protocolización y le agregaron el literal f); ¿qué dice el literal f), que está vigente hasta el día de hoy?: «Tratándose de protocolización de laudos arbitrales —eso que la Ley n.º 3313 ya había advertido al mejor estilo de García Márquez, es decir, crónica de una muerte anunciada— deberá requerirse la comparecencia del árbitro o uno de ellos designado por el tribunal arbitral».

Más claro. ¿Qué ha pasado en el fondo con el laudo arbitral en su acceso al registro con respecto al título válido? Lo que ha pasado es que el laudo arbitral que viene de la justicia privada, que genera un documento privado, hoy tiene que ser protocolizado ante un notario. Entonces, ¿qué ha terminado sucediendo? Se ha desnaturalizado el laudo arbitral en su acceso al registro, así de fácil, y sobre esto no hay que romperse la cabeza.

En la calificación registral se dio también una vez más el fenómeno Orellana y se dijo «Hemos derogado el artículo 9 del Reglamento de Inscripción del Registro de Predios que permitía no calificar los laudos arbitrales». Perdónenme, pero en la resolución de superintendencia que dijo eso copia textualmente el artículo 9, o sea, dejó sin efecto el 9. Y ¿a dónde llevaron los requisitos de no calificar laudos arbitrales? —esto merece mayor discusión, por favor—, lo llevaron al Reglamento General de Registros Públicos. Entonces, lo sacó del 9 y ahora está en el Reglamento general. Ésta es la historia, en pocas palabras.

Laura Castro Zapata: Gracias, Jorge. Entonces, Juan José, viendo ahora los lineamientos o perspectivas de la institución de Registros Públicos, respecto a la inscripción de laudos, sí sería interesante que puedas retomar el tema de la protocolización notarial, para saber si, desde tu punto de vista, esto le otorga una seguridad jurídica a la inscripción y, por otro lado, también sería interesante saber desde tu punto de vista qué aspectos debe abordar una regulación registral respecto de los títulos que contengan las decisiones arbitrales.

Juan José Garazatúa Nuñovero: Buenas noches. Voy a ser bastante puntual, no sólo por la hora, para poder llegar antes de medianoche a casa, sino porque el doctor Ortiz por lo menos baila con la más fea, pero yo me quedo sin bailar. Siento que has abordado todos los temas que yo quería abordar. Yo solamente quiero hacer el repaso en el tratamiento del tema arbitral en sede registral.

Lo que observamos es una primera etapa de total ausencia normativa, o sea, hasta el año 2009, como bien ha referido el doctor Ortiz, no existe una regulación registral para definir cómo debería ingresar el título para la inscripción de un laudo, qué requisitos, qué formalidad, qué alcance en la calificación, nada, cero. Existieron algunos casos, muy pocos, es verdad, porque como decía la doctora Ana María Arrarte, el concepto del arbitraje está orientado hacia discusiones de mayor nivel,

de mayor calibre. Entonces, los debates sobre temas inscribibles, menudos, rara vez recurrían a la vía arbitral.

Sin embargo, en el 2009 se incurre en esta novedad, regular la forma en que debía ingresar el título arbitral al registro, la formalidad fue una copia certificada y se determinaron algunos alcances generales para evitar la invasión de la calificación registral en la competencia del tribunal arbitral. Esto en realidad fue suficiente, fue una apertura, fue una invitación a que los títulos de naturaleza arbitral ingresen al registro.

Como bien lo ha dicho el doctor Ortiz, existió primero un acuerdo plenario y, luego, un precedente de observancia obligatoria. La diferencia ustedes la conocen: el acuerdo plenario no tiene efectos vinculantes para todas las instancias registrales, pero sí para el propio tribunal, porque se aprueba solamente por mayoría simple; el precedente de observancia obligatoria tiene naturaleza vinculante para todas las instancias y se aprueba por mayoría calificada. Y ¿qué dijo el tribunal? El tribunal arbitral tiene competencia, incluso, para decidir quiénes son incorporados a los alcances de la decisión arbitral.

Viene lo que todos hemos visto: el temor, llega el miedo, sucedió algo terrible, se utilizó mal el tema de los laudos, como se utilizó mal el sistema judicial, el sistema concursal, se corrompieron todos los mecanismos legales por un uso irregular, más que irregular, delictivo y aprovechando las debilidades del sistema legal. Entonces, esto provocó un pánico y este pánico se convierte en si ya teníamos una ventana, la cerramos y la cerramos a tal punto que nos da temor.

¿Cuál es la consecuencia? Que la posición del funcionario administrativo que califica, obviamente, subjetivamente tiende a no inscribir. ¿Y esto por qué? Porque la misma normativa nos cierra la posibilidad.

Contestando la pregunta que me hace Laura, la decisión de protocolizar el laudo, efectivamente rompe la naturaleza del instrumento ar-

bitral, pero ¿por qué? Porque quiere determinarse una responsabilidad. El árbitro, que suscribe la protocolización, asume la responsabilidad por la veracidad, porque antes no ocurría eso, ¿no?, se presentaban las copias certificadas de un instrumento privado y ahí nadie asumía responsabilidad. Entonces, ¿qué es lo que se quiere hacer aquí? Que alguien asuma responsabilidad.

¿Qué es lo que hace el Registro? Determinar una formalidad, en este caso, la protocolización. Se ha establecido así y ése es el único mecanismo que se puede admitir ¿Qué es lo que hace el registro o el registrador con ese instrumento presentado? Lo que hace es calificar y para calificar la norma ha dicho: «Tú no puedes calificar si no consta el consentimiento de una parte que no firmó» y habla de suscripción. La suscripción suena a documento, cuando nosotros leemos la Ley de Arbitraje, encontramos que el sometimiento a la vía arbitral no solamente es de manera expresa mediante suscripción, puede ser, incluso, tácita, puede celebrarse mediante el intercambio de correos electrónicos o con la simple presentación de la demanda arbitral y la contestación sin negar la competencia arbitral.

Entonces, estamos ante un problema operativo y el problema operativo se va a resolver, como ha debido resolverse siempre, mediante pronunciamientos de alcance general. Mi impresión es que la regulación registral ahora debe salir del temor, del miedo, debemos romper ese esquema, debemos regresar a la naturaleza propia del arbitraje. ¿Los laudos deben cancelar asientos registrales? Por supuesto, yo no veo ningún problema, ése debería ser el mecanismo que siempre se adopte.

Existe una serie de decisiones, por ejemplo, la decisión que es un mandato legal que cuando exista un asunto controvertido que verse sobre derechos inscribibles, dice la norma que el tribunal debe —no «puede», sino «debe»— comunicar esto al Registro para que se inscriba la existencia del debate arbitral, para prevenir, para cautelar los efectos

del laudo que se emitirá posteriormente, para evitar lo que hacía Orellana, que es tercerizar, o sea, que el laudo no sea inútil.

Sin embargo, como esta norma no ha sido desarrollada en una disposición registral lo que hacen los registradores es ponerle candado. Entonces, mi perspectiva es que debemos retomar la confianza en el sistema de arbitraje, debemos nuevamente repensar los mecanismos de acceso de las decisiones arbitrales en el Registro y debemos fortalecer.

Hace un momento, cuando estábamos esperando nuestro ingreso, estábamos coordinando, porque la Universidad Católica va a ser la primera institución arbitral que va a celebrar un convenio con la Superintendencia de Registros Públicos para tener medidas de control y de seguridad, que es lo que no se ha hecho.

Espero no haberme excedido en el tiempo Laura, discúlpame.

Laura Castro Zapata: Muchísimas gracias a todos en la mesa y a ustedes, por habernos acompañado hasta el final. Gracias.

MESA 4: ¿HACER O NO HACER? ANALIZANDO LOS DEBERES DE LOS ÁRBITROS

José Carlos Taboada Mier¹ (moderador)

Walter Albán Peralta²

Roque Caivano³

Luis Alberto Arequipeno Tamara⁴

José Carlos Taboada Mier: Gracias. En verdad agradecer la oportunidad de poder estar acá hoy y conversar con dos miembros de la corte y un árbitro de conocida trayectoria internacional, para ver estos temas respecto de cómo deben ser los estándares de revelación por parte de los árbitros a partir de una visión de quienes juzgan estas acciones, que pueden demostrar una falta de independencia o de imparcialidad; y desde la visión de un árbitro, sobre qué considera que debe revelar al momento de designarle el encargo en un arbitraje.

¹ Secretario arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, representante de esta universidad en diversos congresos de debate; cuenta con especialización en Arbitraje, Contrataciones con el Estado y Derecho Administrativo.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor principal de esta casa de estudios y miembro de la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de esta universidad.

³ Doctor en ciencias jurídicas por la Universidad de El Salvador, abogado por la Universidad de Buenos Aires, con entrenamiento en negociación y gerente jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires.

⁴ MBA por la Universidad ESAN, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, experto en temas de derecho y gestión pública, cuenta con veintinueve años de experiencia en el ejercicio profesional. Asimismo, es gerente legal del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - Osiptel.

Vamos a hacer una comparación de cómo puede ser diferente el tema de la revelación, a partir de un arbitraje en contrataciones con el Estado y cómo debe haber un estándar de revelación en un arbitraje comercial y, a partir de ello, se van a exponer ciertos casos con los cuales podremos discutir si esto es así o no es así.

En la primera parte de esta mesa, quien va a iniciar la exposición va a ser el doctor Walter Albán, con la primera pregunta central, que es: ¿debería existir un estándar de revelación en el arbitraje en contratación pública? De ser así, ¿por qué?; ¿por qué debería ser?; y ¿qué elementos debería tener ese estándar de revelación?

A continuación, después de esa parte, hablará el doctor Roque Cattivano y nos comentará un poco de cuáles son los estándares de revelación que se tienen en el arbitraje internacional y cómo son usualmente los casos que se van presentando en el día a día por parte de los árbitros cuando se enfrentan a ciertas disposiciones o a ciertos casos que, digamos, pueden ser bastante delicados al momento de revelar. Haremos ciertas preguntas para buscar la postura que tienen los dos ponentes en este caso, respecto de ciertos casitos —por decirlo así— pequeños.

Por último, va a cerrar el doctor Arequipeño, quien hablará acerca de si deberían repensarse los requisitos para ser árbitro en contrataciones con el Estado y si es que debe tener sólo elementos objetivos o debe también estar configurado por elementos subjetivos; qué elementos objetivos deberían ser, quién los debería determinar, y estos elementos subjetivos cómo deberían ser evaluados y cómo, de alguna manera, pueden ser totalmente transparentes y de manera objetiva para poder ser analizados.

Los ponentes tendrán un tiempo de 10 minutos para realizar sus intervenciones. Le cedemos la palabra al doctor Walter Albán para iniciar.

Walter Albán Peralta: Muchísimas gracias. Buenas noches con todos ustedes. Son diez minutos, voy a tener que ir bastante rápido, pero creo que son ideas fuerza que podemos después ampliar en un diálogo; y, sobre esto, me parece importante, además, saludando a mi amigo Roque Caivano, con el que no nos veíamos hace una buena cantidad de años, que podamos aprovechar la presencia de gente tan experimentada como él para discutir algunos de estos temas que, en gran medida, creo yo, tienen particularidades especiales en el caso del Perú.

Para comenzar, algo que he señalado en otras oportunidades —pero no está mal repetirlo—: en el Perú probablemente se llevaban una docena de arbitrajes por año, si es que exagero un poco, pero todo cambia a partir de que se aprueba una ley por la cual el Estado prácticamente está obligado a ir arbitrajes en todas sus contrataciones, y esto hace que los arbitrajes de decenas pasen a ser miles por año. De manera que cuando hablamos de este tema debe ser Perú, además, uno de los pocos, si no el único país, en el que ocurre esto, el arbitraje toma otro sentido, pero definitivamente creo que hay varios aspectos que en la experiencia se ha ido demostrando que no fueron previstos, no se evaluaron a fondo, en un origen, cuando ya a fines de la década de los noventa del siglo pasado se tomó esta decisión.

Y esto es lo que creo que nos da el marco para enfocar el tema que me ha sido planteado. Yo diría que a la luz de la experiencia, ciertamente más bien negativa de los últimos no sólo meses, sino años, es indudable que debe establecerse una diferencia entre los criterios que pueden ser aplicados en el arbitraje comercial o en el arbitraje entre particulares, y en el arbitraje con participación del Estado. No creo que sea ninguna novedad, pero hay que afirmarlo o reiterarlo, es evidente que en el caso del arbitraje entre particulares, las reglas, la racionalidad, los criterios aplicables son otros, no pueden ser los mismos que se quieren aplicar para el Estado.

Pero creo que en un origen hubo un error, un defecto de fábrica cuando se tomó la decisión de que el Estado sea obligado, o sea, ya la primera cuestión, ¿no es cierto?, el arbitraje por definición era facultativo, ahora el Estado está obligado a ir arbitraje, y esa obligación no fue acompañada de una legislación que de alguna manera marcara la pauta para establecer dónde tendrían que ser señaladas las diferencias, se planteó esto del arbitraje con una norma general aplicable tanto a particulares como al Estado en cualquiera de sus modalidades.

Y esto se ha trasladado a la práctica y a los reglamentos de los centros de arbitraje también, incluso al de la Católica, porque en lo que tiene que ver, por ejemplo, con confidencialidad, ahora yo encuentro que hay enorme coincidencia con colegas árbitros, diciendo: «No, no, efectivamente, el arbitraje con participación del Estado debe ser público», porque, claro, la Constitución, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, todas las normas que específicamente señalan lo que toca a la actuación del Estado obligan a eso; pero ¿qué dice la Ley de Arbitraje? Confidencial; y ¿qué dicen los reglamentos, por ejemplo, de la Cámara de Comercio o del Centro de Arbitraje de la Católica? Confidencial. Solamente los laudos, como sabemos, son los que deben ser públicos y deben ser accesibles, y eso está pésimo.

Yo sostengo que no se necesita siquiera una modificación legal para ya convertir en públicos en este momento todos los arbitrajes con participación del Estado. El hecho de que no haya ocurrido así antes ha generado condiciones favorables para esa enorme dimensión que, por supuesto, no digo que sea lo que atraviesa todo el arbitraje, pero sin duda, es muy significativa la corrupción, que se ha producido también en este campo y que nos tiene ahora en vilo, porque algunos ya comienzan a poner en cuestión si el arbitraje es una alternativa mejor que el Poder Judicial. Personalmente, creo que sigue siéndolo, pero creo que hay que poner inmediatamente remedio a la situación que se ha podido advertir.

Yo diría en este sentido que está claro que para las partes, si son particulares, pueden pactar lo que gusten, pueden dispensar lo que quieran en tanto no vayan contra normas de orden público o imperativas, pero todo lo demás lo pueden hacer. Como sabemos perfectamente, todos los que tenemos formación jurídica, el Estado no puede actuar igual, una autoridad o un funcionario que tiene que decidir, tiene acotado su nivel de discrecionalidad, no puede decir «No me importa, en realidad no es tan grave, lo dejo seguir siendo árbitro». No, tiene que tomar medidas porque, de otra manera, también tiene que asumir responsabilidades.

En consecuencia, no me cabe duda de que los estándares que hay que establecer, ya hablando en concreto del deber de revelación, tienen que ser más altos, más exigibles que los que se pueden acordar cuando se trata de un arbitraje entre particulares.

El deber de revelación, por otro lado, yo diría que tiene como fin último el que se pueda establecer una relación de confianza y que si hay algo que pueda afectar esta relación de confianza, entonces, esto sea puesto en conocimiento de las partes para que puedan actuar y, en este caso, como repito, si está participando el Estado, con mayor razón.

Si bien para el deber de revelación uno puede encontrar no sólo en la doctrina, también en los reglamentos, por ejemplo, de las instituciones arbitrales o en la ley, por supuesto, algunos criterios, sí hay que revelar no sólo lo que uno cree que puede ser o puede generar una afectación a la independencia o imparcialidad, también toca revelar aquello que podrían otros considerar así, un tercero imparcial, que, si hay dudas, entonces, mejor declarar.

Muy bien, todos esos son criterios, pero evidentemente no puede haber una normativa que se ponga en todas las situaciones, porque cada caso, cada proceso arbitral tiene particularidades que obligan a aplicar esos criterios y tener, entonces, la posibilidad de formarse una idea que permita resolver el caso concreto, cuando se pone en cuestión si se ha

cumplido o no con ese deber de revelación. En la práctica, sin embargo, aun cuando estos criterios son muy claros, creo que mis colegas de la Corte de Arbitraje de la Católica no me dejarán mentir, hay casos en los cuales ni siquiera estos principios son bien respetados, porque parece más o menos evidente que no debería haberse dejado de revelar; es más, en algunos casos debieron abstenerse de asumir, porque no es ni siquiera que puede afectar, no; de hecho afecta, porque hay un conflicto de interés claramente establecido, no debieron haber aceptado el arbitraje, o sea, que todavía a ese nivel se presentan problemas.

Pero vamos a ver que en la mayor parte de los casos hay zonas grises o situaciones que no están contempladas normativamente que, por tanto, obligan a un análisis, a una interpretación y ése es el rol que deben cumplir las cortes de arbitraje o los consejos de arbitraje en cada institución. Tienen, pues, que ir generando una jurisprudencia arbitral en este sentido y sentando pautas que ya van más allá de lo que la norma establece. Una razón más para entender por qué el arbitraje *ad hoc* no es un arbitraje que deba ser aceptado cuando participa el Estado, porque cuando no hay institución de por medio, entonces, ¿quién interpreta? Ya no hay forma de corregir estos vacíos y nadie sabe finalmente cuántos arbitrajes habrán pasado por alto cuestiones tan elementales que interesan a todos, porque son cuestiones de interés público ahí donde participa el Estado.

Hay, pues, necesidad de crear esa jurisprudencia y creo que es fundamental el rol que deben cumplir las instituciones arbitrales en este sentido y partiendo —repito— de ir planteando estándares más altos allí donde está de por medio el interés general.

Ya para terminar, quiero señalar un caso que nos tocó ver en la corte hace algún tiempo, de un exgerente de un gobierno regional que había sido denunciado y estaba en un proceso de investigación por el Ministerio Público por actos que él había celebrado cuando ejercía esa función. La entidad estatal que participaba en el arbitraje, en la cual él presidía

el tribunal arbitral, lo recusa señalando que había incumplido el deber de revelación y este señor pretendió que la presunción de inocencia lo cubriera por completo de cualquier posibilidad de que el que haber omitido esta declaración pudiera apartarlo del arbitraje.

Se discutió ampliamente el asunto y se llegó al acuerdo de que no, porque así como no basta que una simple denuncia penal y un proceso en el que uno pueda verse involucrado sea razón suficiente para decir que una eventual recusación sea declarada fundada, tampoco basta que se diga presunción de inocencia, porque lo que estamos evaluando aquí o lo que le toca evaluar a una corte de arbitraje es si hay razonabilidad, si hay causa suficiente para que se puedan discutir o poner en cuestión los principios de imparcialidad e independencia. ¿Eso es suficiente? No estamos juzgando si la persona es culpable o es inocente, lo que se está evaluando es si quien está objetando su participación, tiene razón suficiente y eso obliga a ir al expediente.

Claro, me dirán «¿Cómo nos vamos a meter a temas de fondo?». No. No nos metemos a temas de fondo, lo que tenemos que ver, por ejemplo, como en este caso, es que los elementos que habían sido ya señalados en la investigación daban suficiente materia para que se pudiera entender que allí había mucho que investigar y, en consecuencia, no era —digamos— una recusación que estuviera un poco jalada de los cabellos o que no tuviera algún tipo de fundamento, había fundamento suficiente para eso y, bueno, se podría todavía ahondar mucho más de acuerdo al tipo de delito, de acuerdo al grado de avance de cada investigación, al tipo de imputación, en fin, hay aspectos que —repito— no suponen tener que entrar a evaluar si la persona es inocente o es culpable, sino simplemente si ese procedimiento va a tener que continuar durante un tiempo previsiblemente largo para que, finalmente, se pueda recién saber si los elementos que le han sido imputados se descartan o se confirman. Mientras tanto, no podemos aguardar que el Estado esté —digamos— esperando a que ese proceso concluya para recién saber si

debe o no tomar una decisión respecto a la participación de ese árbitro en el proceso concreto.

Creo que esto es lo fundamental que quería compartir con ustedes —ya me sacaron la tarjeta amarilla—, pero entiendo que esto no es de consenso, o sea, hay mucha gente con la que yo sigo discutiendo esto por todas partes, pero lo que hago es una invocación, ya tenemos que reconocer que ha habido demasiada permisibilidad, demasiada manga ancha, en lo que toca —como repito— al interés general en el país. Los hechos nos demuestran que no se puede seguir actuando bajo los patrones en los que se actuaba hace diez o quince años, es fundamental que se tomen medidas para evitar que corrompan el arbitraje y que no puedan avanzar los problemas que hemos podido constatar ya en este corto tiempo en que algunas investigaciones han sido iniciadas en el Ministerio Público. Si no ponemos los candados y los criterios necesarios para reconducir las cosas por el camino en que se planteó el tema desde un inicio, corremos el riesgo de que —repito— este buen mecanismo alternativo de solución de conflictos termine sucumbiendo ante un sistema judicial que probablemente tiene más problemas todavía que los que yo aquí he anunciado que se han presentado en el arbitraje. Gracias.

José Carlos Taboada Mier: Muchas gracias, doctor Albán. De la mano con el tema de la revelación de los árbitros y los procesos que tienen, una pregunta: ¿qué tan detallada debe ser la lista de lo que revela un árbitro? Pongo un ejemplo, ¿el árbitro debería decir «He tenido veinte casos contra tal entidad», o debería decir quiénes fueron las partes que estuvieron en esos casos donde el árbitro ha participado y ahora va a tener también con esa entidad? ¿Cómo debería ser la lista de revelación de los casos arbitrales que ha tenido: extensa o corta? ¿Cómo es a su juicio?

Walter Albán Peralta: Lo que acabo de señalar es que si es el Estado el que está de por medio, la declaración tiene que ser muchísimo más amplia. Por ejemplo, he ocupado puestos en el Estado, tengo con-

troversias con el Estado, y esto tiene que sujetarse a un límite temporal un tanto más amplio, por ejemplo, las reglas que hoy están en los reglamentos: en la Cámara de Comercio dice tres años, yo diría que el plazo, probablemente, tenga que ser un poquito más amplio; en el caso de la Católica se dice cinco años, está bien porque ése es un plazo razonable. Pero lo que hay que hacer prevalecer es que cualquier tema que pueda de alguna manera interesar a la otra parte, y la otra parte que interviene acá, hay que entender, es el Estado, que representa a la comunidad en general. Entonces, cualquier tema con el Estado, contra el Estado, tiene que ser materia de revelación.

José Carlos Taboada Mier: Muchas gracias, doctor Albán. Ahora vamos a pasar a la exposición del doctor Roque Caivano, quien nos va a hablar un poco del deber de revelación y también a partir de las experiencias que se tienen en el arbitraje internacional.

Roque Caivano: Muchas gracias, José Carlos. Buenas tardes, voy a tratar de ser lo más breve posible para dar lugar después al debate, que me parece que va a ser lo más enriquecedor.

El problema del deber de revelar está centrado dentro del más genérico concepto de independencia e imparcialidad. No vamos a revelar ningún secreto si decimos que la independencia y la imparcialidad de los árbitros son los pilares sobre los cuales se asienta la confiabilidad de los usuarios en el sistema de arbitraje y en los árbitros, en particular. El tema es muy sensible porque, por un lado, está la autonomía de la voluntad de las partes que eligen someterse a arbitraje pudiendo no hacerlo y, por otro lado, también existe la circunstancia de que en muchos casos es permitido que cada parte designe a un árbitro, y esto ha generado en muchos la idea de que un árbitro designado por una parte es un árbitro de parte. En realidad, sabemos que esto no es así, pero también sabemos que no todos los árbitros tienen el mismo grado de conciencia al respecto y esto ha generado muchas dificultades en el arbitraje comercial internacional.

Si uno mira la importancia que las leyes, los reglamentos y hasta los tratados le asignan a la independencia e imparcialidad de los árbitros, no sorprenderá que estos ordenamientos proporcionan tres tipos de herramientas o instrumentos para garantizar que la independencia y la imparcialidad realmente existan. La primera es una herramienta de naturaleza preventiva que es, precisamente, la obligación de revelar, porque la obligación de revelar funciona como el mecanismo a partir del cual el árbitro pone en conocimiento de las partes las circunstancias que potencialmente podrían ser generadoras de conflictos de intereses. Y la obligación de revelar, por ser una herramienta preventiva, es de la mayor importancia, porque de ella depende que las otras puedan funcionar.

¿Y cuáles son las otras herramientas? —después volveremos un segundo sobre la obligación de revelar, particularmente—. La segunda herramienta es una herramienta de naturaleza correctiva que es, precisamente, la recusación. Ante la evidencia o la posibilidad de que exista una afectación a la independencia o a la imparcialidad de un árbitro, la parte tiene el derecho de pretender que el árbitro sea removido de ese tribunal a través del mecanismo de la recusación.

Naturalmente, la recusación tiene que ser causada y la causa no puede ser otra que la existencia de algunas circunstancias que pongan en duda la independencia o la imparcialidad del árbitro. Pero el problema no termina ahí, porque aun si la recusación no prosperase y se demostrase al final del camino que el árbitro recusado no había cumplido con los estándares de independencia o imparcialidad, esta circunstancia puede ser planteada nuevamente ya en la instancia de anulación, ya en la instancia de reconocimiento y ejecución si se trata de un laudo extranjero. ¿Por qué? Porque si asumimos que por definición todo árbitro debe ser independiente e imparcial, y lo dicen muchas leyes, lo dicen muchos reglamentos y, aunque no lo dijeren, es una verdad de Perogrullo, si se pudiese demostrar que un árbitro no fue independiente o no fue imparcial, lo que sobrevendría es una posible causal de anulación

por haber estado el tribunal irregularmente constituido, porque la constitución regular del tribunal exige que los árbitros sean independientes e imparciales, y ésta es una causal de anulación genéricamente planteada en casi todas las leyes de arbitraje; pero también está como causal que obsta al reconocimiento de ejecución en las leyes nacionales y en los tratados como la Convención de Nueva York o la Convención de Panamá, que permitirían eventualmente volver a plantear la cuestión en el trámite de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

De modo que la conjunción de estas herramientas es la que permite garantizar que se cumpla uno de los principios de los cuales depende la eficacia y la confiabilidad de los usuarios en el arbitraje que es la independencia y la imparcialidad de los árbitros y, como vimos, esto nace de la primera herramienta preventiva que es la obligación de revelar, porque sin ésta difícilmente sería cumplible la segunda y, eventualmente, la tercera.

Por más que hoy es más la cantidad de información pública disponible que existe, lo cierto es que hay una sola persona que conoce cuáles son todos los posibles conflictos de intereses que pueden afectar la independencia e imparcialidad de un árbitro, y ese alguien es el propio árbitro. Nadie más que él conoce todas sus vinculaciones con el caso, con las partes, con los abogados, con los peritos, etcétera; y, además, como lo señalaba Walter Albán, la obligación de revelar está construida sobre la base de la obligación de generar confianza, también está construida sobre la base de la obligación de nivelar la información, el árbitro tiene que compartir con las partes, toda la información que en principio sólo él posee, que es cuáles son todos los conflictos potenciales de los que pueda depender su independencia e imparcialidad.

Si entramos ya en el estándar de revelación, en muchos reglamentos y en muchas legislaciones se prevé que el estándar de revelación es más alto que el estándar de recusación, porque el estándar de recusación es objetivo, cualquier circunstancia que a ojos de un tercero pueda gene-

rar dudas justificadas sobre la independencia o imparcialidad, pero el estándar de revelación es enteramente subjetivo, el árbitro tiene que revelar todo aquello que a los ojos de las partes podría generar dudas sobre la independencia o imparcialidad; entonces, el árbitro tiene que hacer el ejercicio de ponerse en los zapatos de las partes y pensar: «Si yo fuese parte, ¿conocer o no conocer de determinadas circunstancias me generaría dudas o no?». Y si la respuesta es sí, tiene que revelar. Naturalmente, los matices son infinitos y es muy difícil establecer con precisión cuándo debe revelarse o no, pero por eso las reglas, y las reglas de la IBA particularmente, lo prevén, toda duda debe resolverse en favor de la revelación.

Y ya para cerrar el tema y dejar paso a las preguntas y al debate, en mi experiencia personal nunca he visto ni he tenido problemas derivados de la sobrerrevelación, todos los problemas que vi y todos los problemas que tuve fueron siempre derivados de la infrarrevelación, de no haber revelado algo que a los ojos de las partes debió haber sido revelado, lo que, en definitiva, me convence de la necesidad de que los árbitros seamos muy prolijos a la hora de hacer un chequeo de los posibles conflictos de intereses y una exteriorización lo más amplia y detallada que sea posible, naturalmente, sin violar la confidencialidad. Muchas gracias.

José Carlos Taboada Mier: Muchas gracias, doctor Caivano. Respecto al arbitraje internacional se ha discutido ahora último el tema de la inclusión de los financiamientos por terceros. Es un tema propiamente internacional y, ante esto, le preguntaría ¿cómo debería ser la revelación de los árbitros?, en primer lugar desde la vista de los árbitros; y ¿cómo debería ser evaluada la persona que atiende esa revelación, considerando que muchas veces se puede saber el nombre de la empresa, pero no necesariamente quiénes son sus accionistas ni de dónde se han conseguido los fondos? ¿Cómo analizar este tema en el arbitraje internacional?

Roque Caivano: El financiamiento por terceros en el arbitraje es una figura que en América Latina es relativamente novedosa, pero que en otras partes del mundo tiene años y hasta décadas de ser utilizada, no sólo en el financiamiento del arbitraje, sino en el financiamiento de procesos judiciales, que es donde originalmente arrancó esta industria.

La cuestión con el financiamiento de terceros es que requiere que la parte financiada haga conocer al tribunal y a su contraparte que está siendo financiada por un tercero porque, de otra manera, el árbitro no va a poder revelar lo que no sabe que existe. Entonces, el problema empieza un paso adelante de la obligación de revelar del árbitro, que es la obligación de la parte de revelar que está siendo financiada, y eso requiere, naturalmente, sujeto a ciertos límites derivados de la propia confidencialidad de la relación jurídica entablada entre el financiado y el financiador, que no solamente se revele la existencia y la identidad del financiador, sino muchas veces algunas de las condiciones del financiamiento, porque no es lo mismo que el financiador haya financiado el 100% del proceso y que tenga una suerte de pacto de cuota litis u honorarios de éxito sobre el resultado, a que la financiación haya alcanzado apenas una pequeña parte y su remuneración sea no solamente dependiente del éxito o del resultado del proceso.

Por lo tanto, la existencia del financiador tiene que ser revelada por la parte y la existencia de ciertas condiciones debe acompañarlo. Frente a eso, naturalmente, el árbitro tiene que revelar cualquier circunstancia que lo vincule o que lo pueda vincular con el financiador, porque una de las últimas modificaciones que se hizo a las reglas de la IBA y en las guías de la CCI para la conducción del arbitraje lo que se sostiene es que un tercero que tiene un interés en el resultado del pleito debe ser asimilado a una parte; por tanto, a los fines de la revelación, el árbitro debe revelar los posibles conflictos de intereses que tenga con el financiador, como si el financiador fuera *stricto sensu* una verdadera parte en el proceso.

José Carlos Taboada Mier: Muchas gracias, doctor Caivano. Vamos, antes de iniciar el tema del debate, con la última exposición de esta mesa, que es por parte del doctor Luis Alberto Arequipeno, quien nos va a hablar de si deberíamos repensar los requisitos para ser árbitro en contratación pública. Si hay que repensarlos, ¿cuáles deben ser? ¿Deben ser objetivos o subjetivos? Y ¿qué elementos deben ser tomados en consideración al momento de establecer esos requisitos?

Luis Alberto Arequipeno Tamara: Ante todo, muy buenas noches con todos, agradeciendo la invitación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, para estar aquí como ponente.

Básicamente, voy a comentarles algunos temas desde mi experiencia desde el lado de la función pública. Hace un momento leyeron mi currículum y dijeron que tenía algo así como veintiún años de experiencia, veintiún años de experiencia en el sector público, por si acaso, no soy tan joven, como pueden haberse dado cuenta.

Lo que quiero comentarles y compartirles esta noche es lo siguiente. Siempre se ha pensado desde la perspectiva de la gestión pública, desde la perspectiva de la administración de los contratos en la Administración Pública, que los árbitros que van a arbitrar en arbitrajes institucionales o *ad hoc* tengan cierta especialización y que cumplan ciertos requisitos. No sé si alguno de ustedes habrá hecho el intento de registrarse como árbitro ante el OSCE, lo tortuoso que es registrar cada uno de los requisitos que se exigen, o sea, en el Estado estamos llenos de formalidades, y eso ustedes lo saben porque todos los días de alguna u otra manera nos acercamos a hacer algún trámite, alguna gestión ante el Estado.

Pero bueno, la Ley de Contrataciones y su Reglamento, en este sentido, son excesivamente formalistas, y se los digo por una experiencia propia. Intenté registrarme como árbitro en el Registro Nacional de Arbitraje del OSCE y, la verdad, tiré la toalla, porque me resultó suma-

mente tortuoso registrar todos los requisitos que me exigían y abandoné el tema. Habiendo sido profesor de contratación pública por 3 años en una universidad privada, teniendo tantos años de ejercicio profesional en la gestión pública, habiendo visto numerosos arbitrajes, numerosos temas de contratación pública, no pude inscribirme.

Bueno, ésa es una primera aproximación. El tema está en que si los árbitros que van a acceder, que quieren ser árbitros dentro del sistema de arbitraje donde participa el Estado, tienen que cumplir algunos otros requisitos adicionales, además de la especialización, obviamente, porque creo que hay numerosas ofertas en el mercado de cursos de diferente tipo, de diferente nivel e, incluso, para los gestores de las contrataciones públicas en el Estado se les exige, para los que van a trabajar en las áreas de contrataciones o en las áreas de logística, acreditar un número de horas determinado y ser especialistas en contrataciones. Ese mismo criterio se traslada también al tema de la designación de los árbitros, se requiere un cierto nivel de especialización, un cierto número de horas, no importa dónde, si el centro o la institución que dicta el curso es de una calidad adecuada o no, lo importante es acreditar que tienes las horas de capacitación requeridas por el reglamento, por la directiva.

Entonces, habría que preguntarse, partiendo de este hecho, si solamente es necesario acreditar este nivel, digamos, entre comillas, de conocimientos adquiridos en los diferentes centros de estudios, ofertas que hay en el mercado. ¿Esto es suficiente?

El segundo tema que habría que tratar es si entre los requisitos que deberían exigirse a los árbitros dentro del arbitraje donde participa el Estado también deberían tener otro tipo de exigencias. El Reglamento habla de haber cumplido ciertos requisitos de capacitación, de especialización, luego habla de un examen escrito y, luego, para la designación residual se señala, incluso, una entrevista. Pero los que alguna vez hemos participado en procesos de selección de personas y, ojo, estamos hablando de una función arbitral donde se ejerce una función que *per se* es

una función pública, no es una función administrativa, es una función pública. Entonces, la complejidad de seleccionar a alguien es bastante, no es tan fácil tomándole exámenes o haciéndole entrevistas. Entonces, ¿cómo perfeccionar los mecanismos de selección?; ¿qué requisitos debemos exigir?; ¿cómo acceder al *background*, a la experiencia, al conocimiento y, más que ello, a las habilidades blandas que debe tener, por ejemplo, todo árbitro, sus habilidades de comunicación, de interrelacionarse, de trabajar en equipo? Porque muchas veces el tribunal hace un trabajo de equipo, no es el trabajo de uno, no es que uno va a proyectar la resolución y los demás van a firmar, ¿no es cierto?, eso no es así.

Entonces, habría que ver si se puede avanzar hacia cómo encontrar algunos elementos de evaluación para la designación de los árbitros, que también incluyan no solamente las habilidades duras, soy un superexperto en arbitraje, soy superexperto en contrataciones, pero de repente no tengo esas habilidades blandas que sí se requieren para ser árbitro.

Y, luego, ¿los presidentes de los tribunales arbitrales deberían tener mayores exigencias en su designación? En principio, no hay ninguna norma que diga que los presidentes deben ser los más expertos, los que tienen más experiencia, etcétera. Lo recomendable es que sí deban tener mayores exigencias, por el nivel de dirección que van a tener del proceso arbitral.

Luego, ¿el Estado debería tener algún requisito al momento de designar a sus árbitros de parte? Lo que yo les podría contar como experiencia vivida es que en las diferentes administraciones públicas los criterios de designación varían y, básicamente, en gran parte, sobre todo en los ministerios, muchas veces depende de la voluntad exclusiva y, diría yo, hasta excluyente, del procurador. Eso debería cambiar, de hecho, ya está cambiando con el tema que todos conocemos y que estamos viviendo, con la crisis que se ha presentado de valores, del incumplimiento de los valores éticos a todo nivel, que es algo transversal en el Estado. Entonces, sí, debe haber algún mecanismo reglado donde haya

una participación más de equipo quizás, en otros niveles de decisión de las administraciones públicas, y que no esté sujeta la designación del árbitro a la voluntad solamente del procurador.

En otras instituciones, como las empresas del Estado, me ha tocado ver, por ejemplo, algunos casos donde la designación de un árbitro llegaba al directorio cuando no es un tema del directorio *per se*, no se trata de fijar políticas para la empresa cuando se designa un árbitro, por más que la decisión que esté en controversia o que el tema que esté en controversia sea de suma importancia y tenga un efecto muy importante económico o financiero para la empresa, esto tiene que desligarse de este burocratismo al interior de las empresas del Estado, porque una decisión más eficiente es que esté a cargo, por ejemplo, de la gerencia legal con la gerencia general. Pero lo he visto.

Luego ¿deberían existir límites hacia un árbitro que constantemente es recusado y las cortes lo declaran fundado? De la experiencia que tenemos en la corte y que hemos compartido durante estos últimos años con Walter, por ejemplo, lo que se ve es que en algunos casos hay administraciones públicas que tienen «árbitros hinchas» o una recurrencia bastante llamativa, por decir lo menos, de 10 hasta 18 casos y, en algunos casos, ¡oh, maravilla!, se olvidaban de declarar esa vinculación. Entonces, sí es necesario poner límites a los árbitros que son constantemente recusados según mi apreciación personal que, por supuesto, no comprometo a nadie más que a mí mismo. Me parece que sí, que los árbitros que son constantemente recusados deberían tener un límite en su designación.

¿Qué otros criterios objetivos y subjetivos debemos tener en cuenta al momento de elegir requisitos, y los centros de arbitraje también, al designar árbitros? Por ejemplo, la recurrencia en la designación por una de las partes podría ser uno de los requisitos; su grado de especialización también es importante, pero tampoco es algo excluyente. Justamente, voy a comentar un casito —si me permites, ya me están sacando tarjeta

amarilla—; en la corte alguna vez nos comentaron el caso, por ejemplo, de un profesor de esta casa de estudios que ha escrito numerosos libros sobre derecho procesal civil, experto en procesal civil, que fue recusado por una de las partes porque no tenía especialización, supuestamente, en contratación pública, lo cual realmente llamaba la atención porque este profesional sí había tenido otros arbitrajes sobre contratación pública, pero a esos niveles llegan a veces también las recusaciones, se trata de ver pegados a la Ley y a su Reglamento si el árbitro designado tiene esa especialización o no la tiene. Entonces, esto hay que verlo rodeado de otros elementos, quizás, para tratar de tener una respuesta más objetiva.

Cierro con esta reflexión. Estamos viviendo épocas bastante duras con relación al cuestionamiento del funcionamiento y la actuación de muchos profesionales vinculados a los procesos judiciales, al Ministerio Público y también en los temas arbitrales; entonces, la pregunta que yo me haría y la compartiría con ustedes es: ¿esta «juridificación» de las exigencias éticas que existe en los numerosos reglamentos, en las leyes, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento es algo que afecta solamente a los árbitros que participan en los arbitrajes o es algo que también está afectando al arbitraje como institución?

Tengo una apreciación muy personal también. A mí me parece que el incumplimiento de estas exigencias éticas está afectando tanto al árbitro, que será pasible de recusaciones y de sanciones, como a la institución del arbitraje, pero creo, con bastante conocimiento de causa, que también hay esperanza, porque no estamos hablando de todos los árbitros, como tampoco podríamos hablar de todos los jueces o de todos los policías que han cometido actos de corrupción; entonces, de lo que se trata es de ser bastante claros en los principios y analizar caso por caso, porque no todos los casos son iguales para determinar si, efectivamente, se están incumpliendo estas exigencias éticas. Gracias.

José Carlos Taboada Mier: Muchas gracias, doctor Arequipeño. A partir, justamente, del caso por caso quiero plantearles un par de ellos

para saber cuáles pueden ser las posiciones que ustedes tienen respecto de una situación. Para poner el ejemplo y contextualizar un poco, nos encontramos en un proceso en el cual un árbitro ha sido designado, ha revelado, no tenía ningún conflicto con las partes ni con el bufete de abogados que representaba inicialmente a una parte. Pasa el proceso, llegamos a la audiencia de informes orales, llegamos a la audiencia de cierre y una parte cambia a un bufete de abogados donde uno de los árbitros tiene un conflicto de intereses directo, es una causal de separación del proceso. El árbitro que ha llevado todo el proceso con independencia e imparcialidad, que no ha tenido ningún sesgo con ninguna de las partes, pero en la última audiencia observa eso y lo declara, ¿sería posible de ser recusado, retirado de ese tribunal, o debería continuar y laudar en ese caso? ¿Qué opiniones les merece esta situación?

Walter Albán Peralta: Yo creo que, en cualquier caso, sí cabe, porque ya sabemos que éste es un deber permanente, está mientras dure el proceso arbitral, en cualquier caso, cabe; pero si el Estado participa como parte, no me cabe la menor duda de que tiene que hacerse inmediatamente y, probablemente, yo le diría al funcionario encargado que tiene que recusarlo.

Roque Caivano: Tal como está planteado el caso, quizá hay alguna otra posible solución, que es que el propio tribunal le pida a la parte que cambie su abogado, que no ponga a ese abogado a esa altura del partido, porque si pudiera determinarse que la designación de un nuevo estudio de abogados tuvo como propósito precisamente lograr la recusación del árbitro, estaríamos abriendo la puerta a un mecanismo muy fácil para sacarse de encima a un árbitro sobre el que, a esa altura del proceso, quizás la parte ya tenga alguna expectativa de cómo pueda llegar a resolver.

Si no me falla la memoria, no lo tengo a la mano y no tengo conexión para buscarlo, pero las reglas de la IBA sobre conflictos de intereses en la representación de las partes dan ciertos mecanismos para evitar, precisamente que las partes puedan con total libertad cambiar

de representante o cambiar de apoderados en determinadas instancias del proceso y, especialmente, conociendo o debiendo conocer, que ese estudio tenía alguna vinculación con el árbitro, que ponía en duda su independencia e imparcialidad.

Walter Albán Peralta: Entiendo que es una salida y me parece bastante bien planteada, Roque. Sin embargo, lo que yo sostengo es que cabe el cuestionamiento y, por tanto, eso no quiere decir que necesariamente se declare fundada, porque en el momento en que una corte de arbitraje, por ejemplo, tenga que dilucidar esto, puede aparecer efectivamente que ha habido un interés de caer en una situación que provoque o fuerce la salida del árbitro.

Roque Caivano: Sí, sin duda que la parte que se siente afectada por eso deberá ejercer el derecho a recusarlo y será tarea del centro resolverlo.

Luis Alberto Arequipeño Tamara: Coincido con la posición de Walter; la posibilidad de recusar existe porque la situación de hecho se ha presentado como una causal sobreviviente, entonces, el derecho de recusar existe. Que sea declarada fundada o no, dependerá del análisis respectivo del caso en particular, y creo que abonaría, en todo caso, para no aceptar la recusación el hecho de la revelación, si la revelación ha sido oportuna, o sea, ha sido inmediatamente después de producido el hecho. Eso es bastante importante para poder resolver el tema.

José Carlos Taboada Mier: Gracias. Un segundo caso, ya como para terminar, que ha sido discutido en algún momento, las designaciones reiteradas por parte de algunas entidades o por parte de algunos estudios de abogados. La designación reiterada, aterrizando un poco en el caso de la contratación con el Estado, en el caso de la ley, es pasible probablemente de una recusación, si la parte lo considera, pero ¿podría ser meritoria de declararla fundada y retirar al árbitro que es constantemente designado? ¿Qué opiniones les merece esa situación?

Walter Albán Peralta: Ése es un tema sobre el que hemos conversado mucho, tanto en la corte como el centro de arbitraje, con Silvia Rodríguez, que está directamente a cargo de la secretaría arbitral, creo que lo hemos visto hoy. Ahí tiene que medirse, o sea, se puede plantear, efectivamente, que hay un exceso a juicio de quien plantea la recusación, pero dependerá, porque, como decimos, acá hay una enorme cantidad de arbitrajes, las reglas de la IBA creo que ponen un límite muy bajo, pero hay instituciones que tienen, pues, cientos de arbitrajes en curso, entonces, señalar que hay un exceso tiene que ser contemplado en cada una de las situaciones y ver hasta qué punto, en efecto, esto puede constituir un exceso de designaciones o una reiterada designación que dé fundamento suficiente para la recusación.

Roque Caivano: Claramente me parece que hay que poner en contexto el tema de la recurrencia en cantidad y en periodos de tiempo, porque creo que a cualquier árbitro internacional que se acerca al arbitraje en Perú lo primero que le sorprende es la cantidad de arbitrajes que tienen las partes, ciertas partes especialmente, y la cantidad de arbitrajes que tienen los árbitros, y la cantidad de veces que esos árbitros son designados o se cruzan en paneles arbitrales con los abogados de las partes, y esto es un problema del tamaño que tiene el mercado de arbitraje en el Perú, comparativamente en términos de oferta y demanda.

Claramente, hay una sobredemanda de arbitrajes que hace que la oferta no alcance a abastecerla, de la misma manera que esto pasa en otros países del mundo, por lo tanto, lo que para el contexto de un arbitraje internacional, haber tenido dos o tres designaciones en un periodo de cinco años quizás puede ser una cosa que llame la atención, en el Perú pareciera que no lo es, habida cuenta de la cantidad de casos que manejan las partes, los estudios y los propios árbitros.

Luis Alberto Arequipeno Tamara: Yo quería referirme más bien a un tema complementario, que es el hecho de que en alguna oportunidad se me preguntaba si un funcionario público puede ser árbitro, en-

tonces, eso tiene que ver con el problema que ha planteado José Carlos, porque, digamos, hay tan pocos especialistas en el Perú en contratación pública, o sea, por qué no pensar en aquellos funcionarios públicos, que hay muchos probos, bien capacitados, etcétera, que pueden también ser árbitros. Pero parece que existiera una vocación para pensar «Porque eres funcionario público no puedes arbitrar en ningún arbitraje donde esté presente la Administración Pública», y eso no es así, no existe esa prohibición. Pero pareciera que estuviéramos condicionados, las propias administraciones públicas cuando designan árbitros no piensan en funcionarios públicos de otras administraciones públicas, piensan más bien en personas que están fuera de la Administración Pública. Eso es un tema ya más institucional, algo que quizás se debería trabajar y formar árbitros a partir del funcionariado público, que hay muchos competentes y con especialidad.

José Carlos Taboada Mier: Bien, muchas gracias a los ponentes por haber respondido las preguntas. Esperemos que todos los asistentes hayan podido llevarse alguna pequeña conclusión. Sin más, muchas gracias.

MESA 5: PENSANDO EN LAS NUEVAS SOLUCIONES. ANALIZANDO EL PANORAMA ARBITRAL

Alfredo Soria Aguilar¹ (moderador)

Pablo Mori Bregante²

Sandro Espinoza Quiñones³

Briana Canorio Calderón⁴

Luis Miguel Velarde Saffer⁵

Julio Martín Wong Abad⁶

¹ Integrante de la nómina de árbitros del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Cámara de Comercio y de Amcham. Es profesor de contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la UPC, en la Universidad del Pacífico y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Autor de diversos artículos sobre contratación pública, contratación privada y arbitraje.

² Cuenta con maestría en derecho por la Universidad de Chicago, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente es asociado del estudio GST LLP de Washington y también se ha desempeñado como asociado del Estudio Bullard Falla Ezcurra de Lima.

³ Asociado senior en DLA Piper Pizarro Botto Escobar y miembro del Equipo de Arbitraje Internacional de dicho estudio. Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y cuenta con estudios de posgrado en arbitraje comercial internacional y de inversión en *Washington College of Law*.

⁴ Máster en derecho de la empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, abogada egresada de la Universidad de Lima, con amplia experiencia en los sectores hidrocarburos, corporativo, civil, administrativo, contratación pública y arbitraje nacional e internacional. Asimismo, es representante de los jóvenes árbitros de la Cámara de Comercio Internacional.

⁵ Máster en Leyes por la Universidad de Harvard, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, asociado del estudio Dechert LLP en París, publica frecuentemente en revistas nacionales e internacionales.

⁶ Cuenta con maestría en derecho público y administración por la Universidad de Jaén en España, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, se desempeña como docente en diversas universidades del Perú y, actualmente, es juez

Alfredo Soria Aguilar: Muchísimas gracias al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por la invitación para ser moderador en este panel tan interesante. Hay muchos temas de actualidad, confidencialidad y transparencia en el arbitraje, los temas relativos a la extensión del convenio arbitral, aspectos relativos a la corrupción y el financiamiento, inclusive, de terceros en el arbitraje; la anulación del laudo por corrupción también es otro tema que resulta muy interesante. Entonces, agradezco, en primer lugar, al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por la invitación.

Les explico un poquito la mecánica del panel. Cada uno de los ponentes va a tener entre diez y quince minutos para hacer su exposición y, por más interesante que esté, lamentablemente tengo que cortar, porque ya me dijeron que tengo que ser sumamente estricto; felizmente los panelistas ya saben las reglas de juego, así que se les van a pasar algunas tarjetitas recordándoles que no se emocionen mucho con el tiempo.

Así que vamos a dar inicio al panel con el tema «Confidencialidad y transparencia en el arbitraje», a cargo de la doctora Briana Canorio. La recibimos con un fuerte aplauso.

Briana Canorio Calderón: Antes que nada quiero agradecer esta invitación al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en especial a Marlene Anchante, a Silvia Rodríguez y a todo el personal que está a cargo de la organización de este evento.

Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional. Muchas veces nos hemos preguntado o hemos escuchado la afirmación, cuando uno hace la diferencia entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria, que una de las ventajas o beneficios del arbitraje es que el arbitraje es confidencial; sin embargo, la práctica arbitral internacional nos ha

supremo provisional de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema del Perú.

llevado a concluir que esa confidencialidad que tanto afirmamos tiene diferentes matices. Entonces, de ahí surge una serie de preguntas que nos hacemos: ¿la confidencialidad es un atributo?; ¿es una característica del arbitraje?; ¿es un deber, una obligación o una presunción?; ¿cuáles son los límites a esta confidencialidad?; ¿la confidencialidad es igual a la privacidad?; ¿debe existir confidencialidad cuando se discuten temas de interés público, de orden público?; ¿existe un tratamiento diferenciado de la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional y en el tema de arbitraje de inversión?

No les voy a dar las respuestas, sino les voy a traer, más bien, una serie de cuestionamientos que, podríamos decir, en la doctrina arbitral se vienen desarrollando, porque la confidencialidad va a tener diferentes matices, conforme vamos a tratar en esta oportunidad.

Primero, ¿qué es la confidencialidad en el arbitraje? Muchas veces identificamos o son entendidos la confidencialidad y el arbitraje como dos conceptos inescindibles, sin precisar ninguna fuente doctrinaria, ni el ámbito de aplicación propiamente. Entonces, hay una encuesta realizada por la Queen Mary University, donde justamente al consultar sobre de qué trata la confidencialidad, el 62% de los encuestados manifestaron que la confidencialidad es un atributo esencial del arbitraje; y, el 50% de ellos ha señalado que esta confidencialidad, independientemente de si está regulada o no, sea en la cláusula arbitral o en el reglamento arbitral o en la ley de la norma interna, se considera que se presume para todo el tema del arbitraje, o sea, tanto para el procedimiento como para el laudo arbitral; sin embargo, el 12% de estos encuestados no sabía dar respuesta específicamente a si el arbitraje es confidencial o no, en la circunstancia cuando no se encuentra expresamente señalado en la cláusula arbitral.

Bajo esa presunción, ¿se debe considerar confidencialidad a qué cosa: a lo liberado dentro de las actuaciones arbitrales, a la confidencialidad propiamente, al procedimiento, de repente no dar datos de las

partes, de los árbitros, de los testigos, peritos? Finalmente, ese atributo del arbitraje internacional se ha visto muchas veces restringido o ha cedido su aplicación ante circunstancias donde hablamos de interés público o de orden público. De ahí es que se ha recomendado o, bueno, es una práctica internacional, que los árbitros antes de empezar el procedimiento, si en la cláusula arbitral no se ha pactado expresamente el tema de confidencialidad, es que se prepara un documento en el que se establece que, efectivamente, en todas las actuaciones arbitrales y hasta, incluso, en el laudo se debe guardar la confidencialidad.

En ese contexto, para poder entender mejor el alcance de confidencialidad, el tema de privacidad y transparencia, voy a citar a un referente en el arbitraje internacional que es Gary Born, en su libro *Arbitraje comercial internacional*, en el cual define a la confidencialidad como «aquella obligación de las partes, árbitros, instituciones arbitrales o todo aquél que ha intervenido en el proceso arbitral, no debe revelar información concerniente del arbitraje a terceros, sea ésta información de transcripciones, memoriales, evidencias, documentos, el laudo. Ello, en salvaguarda de los intereses de las propias partes». Entonces dicha obligación abarcaría la existencia misma del arbitraje y, en consecuencia, todos los datos concernientes a la disputa, sean éstos partes, árbitros, testigos, peritos, así como todos los documentos que se han tramitado en el proceso arbitral, los escritos, las decisiones de los árbitros, los documentos aportados por las partes, como informes periciales o cualquier otro tipo de prueba, las deliberaciones del tribunal arbitral y el laudo.

Según la encuesta a la que hace un momento les hice referencia, de la Queen Mary University, se ha determinado, por ejemplo, para este número de encuestados, ¿qué consideran que debe ser confidencial? El 76% ha determinado que se debe guardar la confidencialidad de la cuantía, por ejemplo; el 72% ha determinado que la confidencialidad se da respecto a las pretensiones y a los documentos presentados; el 69% ha determinado que se debe guardar la confidencialidad respecto del laudo; el 58%, los detalles del laudo que permiten la identificación de

las partes; y, finalmente, un 54% ha determinado que la confidencialidad debe ser respecto a la disputa.

Como vemos en esta lista de encuestados, en este número de encuestados, se puede apreciar que existen diversas concepciones respecto a sobre qué se debe guardar confidencialidad, o sea, no hay una regla clara.

Vamos a tratar brevemente, en las legislaciones internas, en los reglamentos arbitrales y, propiamente, en los acuerdos no es que exista una regla general que diga que, efectivamente, el arbitraje internacional es confidencial. Por un lado, como les he dicho, va a depender mucho del tema de la norma aplicable, depende también del acuerdo de las partes que así adopten que un proceso arbitral sea confidencial.

Esto en el lado de la confidencialidad. Ahora, cuando vamos a hablar de la privacidad, ¿qué se señala por privacidad? Ahí vamos a hacer un poco referencia a la circunstancia o hecho de que sólo las partes asistirán a las audiencias y participarán en el proceso arbitral. O sea, privacidad es buscar un contexto adecuado para que las partes puedan resolver sus controversias sin intervención de terceros.

Sobre este tema específico de la privacidad, por ejemplo, el artículo 21.3 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional señala: «Salvo autorización expresa del tribunal arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso». Ahí estamos hablando no de confidencialidad, sino de privacidad. Hay que hacer una diferencia clara. Ello es una postura, por ejemplo, radical, que se ha adoptado respecto a la privacidad, mientras que en nuestros reglamentos, por ejemplo, existe una postura moderada, como es el caso de Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que en su artículo 25.4 establece lo siguiente: «Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes

acuerden lo contrario»; es decir, acá el tema de la privacidad se deja a criterio de las partes.

Ambos conceptos, tanto la confidencialidad como la privacidad, están arraigados en verdad al arbitraje comercial internacional; sin embargo, la transparencia se ha definido como «la ausencia de confidencialidad o de una confidencialidad limitada», y es, además, entendida —y es fundamental—, la vamos a relacionar cuando tratamos de arbitraje de inversiones. En ese contexto vamos a hacernos una pregunta clara: ¿cuál ha sido el tratamiento de la confidencialidad en los arbitrajes internacionales?

Los alcances, como les he dicho, han sido abordados dependiendo de las propias leyes, del ámbito de aplicación, que regulan el arbitraje, de los propios reglamentos de las instituciones arbitrales a las cuales nos sometemos y, en muchos casos, de los propios acuerdos de las partes.

Entonces, voy a citar pequeños escenarios y regulaciones para que ustedes puedan darse cuenta de estas diferencias de las cuales estoy tratando. Por ejemplo, existe un primer escenario de aquéllos que no regulan nada sobre el tema de la confidencialidad, aquí tenemos a la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y todas aquellas legislaciones que se adoptaron, como son la colombiana, argentina, alemana, la de Holanda y la de México. De igual manera, está en este rubro el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. En otro escenario, tenemos aquellas regulaciones que tratan la confidencialidad de una manera referencial o enunciativa como es el caso de Francia, Brasil y Venezuela. Y, finalmente, tenemos un tercer escenario, las que distinguen algunos supuestos de confidencialidad. Aquí tenemos, por ejemplo, la legislación australiana, de Nueva Zelanda y de Perú, que han demostrado avances en ese tema, así como el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Londres, que hace una distinción, por ejemplo, entre la confidencialidad de los laudos respecto de las deliberaciones del tribunal.

Entonces, eso hemos visto dentro de un mapeo, por decir, general de las regulaciones que ha adoptado cada país. Ahora, entramos un poco más a fondo respecto a la confidencialidad de los laudos. Aun cuando existe un marco general, algunos reglamentos regulan cómo va a ser el tratamiento respecto a los laudos. Aquí también vamos a manejar un poco de escenarios. Aquellas regulaciones, por ejemplo, que han determinado la confidencialidad de los laudos como una regla general, aquí tenemos a la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, por ejemplo, que dice: «Las partes se comprometen como principio general a mantener la confidencialidad de los laudos de arbitraje». Hay otras en las que no existe disposición expresa sobre la confidencialidad de los laudos; aquí tenemos, por ejemplo, el Reglamento de la Comisión Económica y de Arbitraje de China, en el que no se presume, no existe ninguna disposición que regule respecto a la publicación de los laudos. Tenemos otro grupo, otro escenario, donde se ha considerado la publicidad del laudo con el consentimiento expreso de las partes, aquí tenemos, por ejemplo, el Reglamento de Ciadi, cuyo artículo 48.5 dice: «El centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes». Finalmente, tenemos un escenario que ha regulado que el laudo se entiende público, a menos que las partes manifiesten lo contrario. Aquí tenemos el Reglamento de Arbitraje de la Bolsa de Fletes de Japón, cuyo artículo 26 establece que: «El laudo puede ser publicado, a menos que las partes manifiestan con anterioridad su objeción».

Como hemos visto, se maneja en diferentes tipos de escenarios el tema de la confidencialidad, o sea, no es que sea una regla general que el arbitraje es confidencial.

Finalmente, un poco para que vean las distinciones entre la confidencialidad que se ha ido tratando en el arbitraje comercial respecto al arbitraje de inversiones. En el arbitraje comercial nace propiamente como una característica que ayuda a evitar consecuencias perniciosas para que las partes involucradas no puedan revelar secretos o ciertas prácticas comerciales que son dignas de protección, también evita po-

ner de manifiesto una situación, por ejemplo, financiera, que pueda estar atravesando la parte que se encuentra en arbitraje; y, finalmente, de repente la existencia de un producto defectuoso que podría deteriorar el prestigio de la empresa que está en litigio.

En otros términos, la confidencialidad en el arbitraje comercial garantiza a las partes contendientes la preservación de su imagen, de su reputación frente a la de sus competidores, ya que la publicidad del proceso arbitral es la que podría afectar el *goodwill* del negocio de las partes involucradas. Entonces, eso es como que nace la protección para los arbitrajes comerciales; sin embargo, este estado de la confidencialidad en el arbitraje comercial se ha visto alterado por dos casos muy emblemáticos. Uno es *Australia Resources vs. Plowman*, en el cual la Corte de Australia negó la existencia de la confidencialidad implícita, estableciéndose que el arbitraje, aun cuando sea privado, no era confidencial. Otro caso emblemático lo tenemos con *Bulgarian Foreign Trade Bank y Trade*, en el cual, la Corte Suprema sueca rechazó la existencia de una supuesta confidencialidad en los arbitrajes de comercial ¿Ello qué originó? Por el lado de la Cámara de Comercio Internacional, que se formara una comisión para que se evaluara realmente y se determinara si es necesario regular la confidencialidad en el arbitraje comercial. Luego de un arduo trabajo de la comisión se determinó que en el caso específico del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional no se iba a regular nada respecto a la confidencialidad en el arbitraje, sino que más bien se dejaba para acuerdo de las partes. Es así que en el artículo 22 del Reglamento de Arbitraje de la CCI se indica expresamente que: «A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar órdenes sobre la confidencialidad del proceso arbitral o de cualquier asunto relativo al arbitraje y podrá tomar las medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial». Como vemos, se ha dejado de alguna manera a criterio de las propias partes.

Ya me sacaron la tarjeta roja, lo único que quisiera dejarles como un cuestionamiento es que la confidencialidad es muy importante para el

arbitraje internacional en general y que nosotros los operadores y también los usuarios del arbitraje realmente seamos conscientes de las implicancias que puede traer su transparencia, la transparencia de repente sí para los casos de arbitraje de inversión, donde muchas veces están en litigio temas de interés general. Eso es todo.

Alfredo Soria Aguilar: A continuación, tenemos la presentación del doctor Pablo Mori con el tema «Análisis actual de los comportamientos arbitrales y judiciales frente a la extensión del convenio arbitral».

Pablo Mori Bregante: Buenas noches. Primero, gracias por su presencia aquí esta noche y gracias al Centro de Arbitraje de la Católica y, en particular, a José Carlos y a Silvia, por la invitación.

Hoy voy hablar, como decía el moderador, sobre el «Análisis actual de los comportamientos arbitrales y judiciales frente a la extensión del convenio arbitral», y para aprovechar el tiempo voy a ir de frente a materia.

Como sabemos, el artículo 14 de la ley peruana de arbitraje es uno de los más novedosos a nivel mundial en lo que se refiere a regulación sobre extensión del convenio arbitral. Yo no conozco ninguna otra ley nacional que regule esta posibilidad, el artículo 14 de la ley peruana sí lo hace. Vamos a leer rápidamente el artículo 14 y me voy a detener sólo en las tres partes que considero más importantes del artículo, para luego evaluar o comentar algunos casos en donde se ha aplicado en Perú con partes peruanas y/o con partes extranjeras.

El artículo 14 señala «El convenio arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe (...)». Ésta es la primera parte importante del artículo 14, esto quiere decir que cualquier parte que intente la inclusión de una parte no signataria o cualquier tribunal arbitral que evalúe la inclusión de una parte no sig-

nataria, debe evaluar la conducta de esta supuesta parte no signataria, en buena fe. Mejor dicho, se debe confirmar si es que en el *iter* contractual, las partes que se imputan han sido no signatarias y que habrían aceptado el consentimiento del convenio arbitral, habrían actuado en buena o en mala fe. Vamos a ver con algunos casos cómo los tribunales arbitrales y el Poder Judicial peruano, en particular, lo han interpretado.

Dice, a continuación, el artículo: «[...] se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación celebración, ejecución o terminación del contrato [...]». De manera activa y determinante no se trata de cualquier participación aislada en distintos momentos del *iter* contractual, tiene que ser una participación nuevamente activa y determinante que demuestre o que le permita al tribunal arbitral demostrar que ha habido un consentimiento del convenio arbitral, lo más importante es el consentimiento y la conducta de las supuestas partes no signatarias, tiene que determinar a criterio del tribunal arbitral, si en buena o mala fe, ha significado un consentimiento al convenio arbitral.

Y la última parte del artículo 14 dice: «Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato». Esto es, básicamente, desde mi punto de vista, una suerte de ejemplo de la primera parte, en la medida que si alguien pretende derivar un beneficio de un contrato en buena fe se va a entender que se tiene que cargar la mochila completa, y si ese contrato tiene un convenio arbitral, cualquier controversia relacionada a ese contrato también tiene que arbitrase.

A partir de este artículo 14 han habido algunas preocupaciones reales, voy a comentar sólo un par que, sin embargo, tienen también en Perú posibilidades legales de ser solucionadas.

Hace un par de semanas leía en *Semana Económica* un artículo denominado «El arbitraje como modalidad de estafa». En éste, el autor, Jorge Lazarte, contaba cómo una distribuidora había sido demandada

arbitralmente por el accionista de un excliente suyo a raíz de un contrato de préstamo dinerario que tuvo el accionista con este cliente, en el que el distribuidor no tuvo absolutamente nada que ver, no conocía el contrato, no participó de ninguna manera en este contrato; lamentablemente, sin embargo, el árbitro único, entiendo, en este caso determinó que la distribuidora es responsable por 5 millones de soles. A partir de este caso, el autor hace un comentario que, sin embargo, tiene algunos puntos que vale la pena precisar.

Dice: «¿cómo un convenio arbitral celebrado entre dos personas ajenas a la distribuidora podía vincularla? Es que el artículo 14 —dice el autor— regula el concepto de tercero no signatario». Primer error, el artículo 14 no regula la participación de ningún tercero, en el proceso arbitral no existe la tercería como la conocemos en el Código Procesal peruano, se trata de partes no signatarias. Todavía se cometen algunos errores cuando se habla de casos como éste, en el que no estamos hablando de un tercero, y menos lo que dice a continuación del artículo: «[...] que permite incorporar en un proceso a empresas que, no habiendo aceptado ser parte de él, sean consideradas beneficiarias». Mentira, tampoco es que el artículo 14 diga que una empresa «que no ha aceptado ser parte de él», lo que dice el artículo 14 es que después del análisis de la conducta durante todo el *iter* contractual, si ha habido o no participación activa y determinante en buena fe, ha aceptado o no el convenio arbitral.

Y, por último, dice el autor: «Lo que ha habido aquí es, en realidad, un árbitro cómplice del fraude». Sí, parece que eso ha habido, el autor comenta que los abogados de esta distribuidora le recomendaron no participar del arbitraje, primer error, porque probablemente si hubiese participado, hubiese podido cuestionar la participación de ese árbitro y, de pronto, haberlo eliminado, haberlo recusado o haber interpuesto las decepciones o las cuestiones previas correspondientes. Éste parece ser un laudo reciente, no sé cuál habría sido el plazo, cuándo habrá sido emitido, pero también existe una vía legal para cuestionar ese laudo

que, básicamente, es la acción de amparo. En este caso, claramente, sí se trata de un tercero, no parece haber habido ninguna participación activa y determinante que lo vincule al convenio arbitral y tenemos el precedente que se llama «María Julia», que ya ha dicho que la acción de amparo sí se puede interponer por algún tercero que no ha sido signatario del convenio arbitral y que no ha manifestado de ninguna manera su consentimiento de arbitrar.

Entonces, sí, es una preocupación, pero existen vías para solucionarlo. El caso Orellana, el famoso caso Orellana de hace algunos años, tenía algunos arbitrajes, uno de ellos tenía que ver básicamente con dos personas que no tenían absolutamente ninguna relación con un inmueble, se pelearon por el inmueble y los árbitros también, se puede decir, coludidos con esta parte dijeron que podía la parte vencedora desalojar al verdadero propietario, a la persona que estaba inscrita. Esa persona que estaba inscrita como propietario nunca se enteró del proceso, sino hasta que lo quisieron desalojar. Esa persona interpuso una acción de amparo y, después de algunos años, salió victorioso y, por lo tanto, el laudo no le ha sido aplicado. Y, si no me equivoco, inclusive, esos árbitros han sido procesados penalmente.

Entonces, lo que quiero decir es, sí, hay algunas preocupaciones, pero también hay algunas vías y las vías se deben usar, no por eso significa que hay que tenerle miedo al artículo 14, al contrario, lo que sostengo es que hay que aplicarlo con sabiduría, hay que aplicarlo con el análisis correcto, como vamos a ver en un par de ejemplos que quiero comentar, en lo que considero ha sido analizado, efectivamente, de manera correcta.

El primer caso es lo que denomino «La saga TSG». Es el primer caso arbitral en Perú donde se extendió el convenio arbitral, donde tuve la oportunidad de participar en la asistencia del presidente del tribunal. Voy a nombrarlo con nombres propios porque se trata de un caso público, en la medida que se fue en anulación al Poder Judicial. Y, bá-

sicamente, teníamos a la empresa TSG que suscribió un contrato de servicio con Pesquera Chicama y Caleta Dorada, para la producción de harina de pescado. Chicama y Caleta Dorada declararon tener los derechos de propiedad y de arrendamiento sobre estas dos unidades industriales pesqueras de Huacho y Malabrigo, y dijo: «Con estas unidades industriales voy a producirte harina de pescado». Este contrato tenía una cláusula arbitral.

¿Qué pasó, sin embargo, en el camino en un esquema llamémosle, al menos, raro? Lo que hicieron Chicama y Caleta Dorada fue que trasladaron todos los derechos de propiedad, de arrendamiento, licencia de estas UIP a las empresas Procesadora del Campo, Pesquera Libertad y Pesquera Catamarán, lo que dejó a Chicama y a Caleta Dorada sin ninguna planta pesquera. Por tanto, no pudo cumplir con su contrato con TSG y TSG los demandó en arbitraje, tanto a Chicama como a Caleta Dorada, pero, además, solicitó la inclusión como partes no signatarias de Procesadora del Campo, Pesquera Libertad y Pesquera Catamarán. El tribunal arbitral lo que hizo a partir de esa solicitud fue analizar una serie de pruebas y llegar a una serie de conclusiones que le permitieron determinar que había no sólo claramente una vinculación económica entre esas empresas, sino además una vinculación fraudulenta, sólo voy a mencionar algunos ejemplos: se determinó que había una serie de personas comunes entre todas las empresas que estaban como accionistas, directores, gerentes, administradores. Por poner el primer ejemplo, el señor Morales era gerente de Chicama y, al mismo tiempo, administrador y gerente de Caleta Dorada, accionista de Catamarán, gerente de Procesadora del Campo, gerente de Libertad y, así, una serie de personas comunes en todas estas empresas.

El tribunal no sólo determinó que éstas eran personas comunes, digamos, «a secas», sino que determinó también, después de una revisión exhaustiva de las fichas registrales de todas estas empresas, que estas personas se iban repartiendo, estaban por ahí, siempre en el *iter* contractual y en esta serie transferencias que se hacían de derechos, tan-

to de la UIP Malabrigo como de la UIP Huacho, y determinó, además, que esas transferencias se daban en una línea similar durante todo el *iter* contractual. Sólo por poner un ejemplo, Catamarán, al comienzo, tenía derechos sobre la UIP Huacho y luego se revertía a tener derechos sobre la UIP de Malabrigo. Lo mismo con Capitán, por ejemplo, y así sucesivamente, el tribunal determinó que había una similitud en todas las transferencias que se hicieron entre estas empresas.

Una serie de indicios adicionales que tomó en cuenta el tribunal fue que el precio al que estas empresas se transferían los bienes tenía una disminución constante, por decir, si tenía un precio de \$ 200 000, se la vendían en entre ellos, entre comillas, a \$10 000; tenían abogados comunes; tenían domicilios comunes; el tribunal, incluso, solicitó una prueba de oficio, en la cual hicimos unas llamadas que quedaron grabadas en el expediente en las que determinamos que llamando al mismo número estábamos llamando a la empresa 1, a la empresa 2, a la empresa 3, tenían los mismos funcionarios, trabajaban todos en el mismo sitio.

Con eso, el tribunal determinó que se había verificado la presencia de los elementos objetivo y subjetivo requeridos por la doctrina de la jurisprudencia internacional, esto es, vinculación entre las empresas emplazadas y la voluntad fraudulenta de perjudicar a terceros. Con eso determinó el tribunal, que la doctrina del levantamiento del velo societario era aplicable, la aplicó en este caso y dijo que había habido una voluntad fraudulenta. Básicamente, lo que el tribunal arbitral dijo fue: «Aquí ha habido una máscara, la utilización de una máscara. En realidad, estaban actuando todas estas empresas como una única unidad económica y que han sido utilizadas básicamente como títeres para defraudar a TSG» en este caso en particular y, por tanto, decidió extender el convenio arbitral y hacer responsables a las otras empresas también.

Este caso fue en anulación al Poder Judicial. En primera instancia se anuló, la Corte Superior lo anuló, luego se casó en la Corte Suprema, por lo tanto, regresó a la Corte Superior y la Corte Superior declaró

infundada la anulación y, básicamente, dijo: «Lo que el tribunal arbitral ha hecho no es someter compulsivamente a un tercero a un proceso arbitral, sino, muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola voluntad empresarial, burlen la efectividad de dicho acuerdo».

Es importante mencionar que en este caso en particular, si bien durante el transcurso del proceso, el artículo 14 ya había sido emitido, cuando el proceso arrancó, el artículo 14 todavía no estaba en vigencia y es importante porque tanto el tribunal arbitral como el Poder Judicial determinaron que aun sin el artículo 14 la doctrina de la jurisprudencia relacionada a la extensión del convenio arbitral era aplicable.

Vamos a ver ahora un segundo caso, un poco más rápido de pronto, en el que más bien se determinó lo contrario. Lo cuento muy rápido, la empresa era la concesionaria de un servicio público, se trata de un caso ICC entre dos empresas peruanas con una matriz extranjera que, vamos a poner para el ejemplo, era chilena. Y aquí sí es un caso en el que no se pueden revelar las partes por la confidencialidad que mencionaba Briana. La empresa A es una concesionaria de un servicio público que contrata con el consorcio B la construcción de una infraestructura para la distribución de ese servicio. Como en cualquier contrato de construcción, en la mayoría de los casos existen controversias y se lleva a arbitraje. Entonces, el consorcio B demanda a A, pero también solicita la incorporación de la empresa Z, que es la empresa matriz de A, y dice que la empresa Z ha tenido una participación activa y determinante durante todo el *iter* contractual.

Vamos a ver al menos algunos de los hechos que la demandante alega, en primer lugar, en la negociación. Dijo que la directora de la matriz participó en alguna reunión durante la negociación del contrato, que una reunión de la negociación se llevó a cabo en el lugar de la casa matriz, digamos en Chile nuevamente, y que cualquier alteración del

texto supuestamente debería ser aprobada por la matriz ¿Qué dijo el tribunal arbitral? En primer lugar, que la directora de la empresa Z era, a su vez, presidenta del directorio de la empresa A y, por tanto, había estado actuando en su capacidad de directora de la empresa signataria.

Dijo también que era razonable que se use el local de la matriz en dicha etapa. ¿Por qué? Porque estamos hablando de una empresa concesionaria que había obtenido la buena pro de un servicio público y, como sabemos, las leyes la obligaban a generar o a crear una empresa peruana con un local en Perú. En ese momento, sin embargo, todavía no se había creado; entonces, el tribunal arbitral dijo: «Oye, por el momento en el que estaban negociando, como la empresa peruana todavía no había sido creada, está bien, no hay ningún problema con que se haya usado el lugar de la casa matriz para negociar».

Finalmente, el tribunal dijo que no había ninguna prueba respecto a que la matriz tenía que aprobar los términos del contrato; sin embargo, dijo que aun aceptando que hubiese habido alguna suerte de veto de la matriz: «A la vista de que una participación activa y significativa de una matriz en la fase de negociación de un contrato, se enmarca dentro de su ámbito normal de actuación, el tribunal arbitral concluye que en buena fe, esta conducta no es indicativa de un consentimiento implícito al convenio arbitral». Es decir, lo que el tribunal arbitral básicamente manifestó es que hay ciertas conductas de una matriz que son normales en cualquier negociación de contrato, que no significa, analizadas en buena fe, que eso haya implicado un consentimiento al convenio arbitral.

Habló también de algunas cláusulas, la demandante, que mencionaban a la empresa matriz. Por ejemplo, sólo voy a referirme a una de ellas, una decía que la demandante tenía que declarar no tener ningún proceso contra la matriz. El tribunal básicamente dijo que la sola mención de la matriz en el contrato no significa que haya aceptado el convenio arbitral. Durante la ejecución también hubo algunas partici-

paciones que la demandante alegó; el tribunal, sin embargo, dijo que —voy a mencionar sólo alguna— se negoció el otorgamiento de una nueva garantía corporativa, la matriz de la empresa demandada negoció con las empresas conformantes de este consorcio una garantía que, sin embargo, fue emitida por las empresas del consorcio. Pero la matriz de la demandada nunca fue llamada para generar ningún tipo de garantía, entonces, por eso el tribunal dijo básicamente que hay que tener en consideración el contexto. El director de la empresa Z, quien negocia el otorgamiento de garantía, también tenía un cargo y, nuevamente dijo: «En todo caso, si querías jalar a la matriz, jalaste a tu matriz, pero no jalaste a la matriz de la persona a la que demandas, no tiene ningún sentido lo que estás alegando». Y me voy de frente a la terminación, básicamente, alegaron que la directora de la matriz negoció los reclamos, el tribunal simplemente dijo: «Sí, ésa sí es una participación importante; sin embargo, una participación en un mes, de 6 meses de negociaciones y de tres años de ejecución contractual no determinan de ninguna manera un consentimiento al arbitraje».

En conclusión, hay que aplicar el artículo 14 con cuidado. y cuando tengamos clientes que tengan contratos como éste, díganles que le echen un ojo a la participación de la matriz o de sus empresas vinculadas, no vaya a ser que terminen en un proceso como éste, a pesar de que no hayan manifestado de ninguna manera una aceptación al convenio arbitral. Eso es todo, muchas gracias.

Alfredo Soria Aguilar: A continuación, el doctor Sandro Espinoza con el tema «La experiencia arbitral peruana en la determinación del estándar de la prueba ante denuncias de corrupción». Recibimos con un fuerte aplauso al doctor Sandro Espinoza.

Sandro Espinoza Quiñones: Bueno, gracias por la presentación. Antes que nada, quiero agradecer a Marlene, a Silvia y a José Carlos por la realización de este congreso.

Éste es un tema bastante actual, es un tema, incluso, que la primera vez que lo traté fue hace más o menos unos 3 años y la gente lo veía demasiado lejano: «Esto no va a pasar en Perú», estamos hablando de hace casi 4 años, todavía no había estos escándalos de corrupción.

Hay una teoría, la cual, en realidad, ante una denuncia de cualquiera de las partes que decide celebrar un contrato con base en la corrupción, que es lo que vemos el día de hoy todos los días en los periódicos, cabría la posibilidad como argumento de defensa de que una de las partes invoque la nulidad del contrato o, en ciertos escenarios, que no existía jurisdicción por parte del tribunal arbitral al ser nulo el contrato.

El día de hoy he traído dos casos peruanos en los cuales los árbitros tienen un reto. El día de hoy ya los árbitros peruanos tienen que analizar si es que, en cualquier contexto, les voy a poner, incluso, tres escenarios peruanos, si es que hubo corrupción, en primer lugar, en un contrato público; y si es que hubo corrupción, cómo lo debes probar; y si es que lo pruebas, cómo el árbitro debe proceder ante una defensa como ésa.

Entonces, la primera pregunta que nos hacemos es: ¿cómo el árbitro tiene que analizar y resolver si existe corrupción en un arbitraje?, y esto es un verdadero reto para los árbitros porque para analizar este tipo de casos tenemos que tener claro que existe una doctrina internacional que se está aplicando de manera analógica a varios casos peruanos, debo decir que, incluso, bastantes funcionarios públicos, el Estado, están utilizando esta argumentación, incluso, esta doctrina de *clean hands* para defender tanto la nulidad del contrato, la jurisdicción del tribunal arbitral e, incluso, un tercer caso que he descubierto por ahí, que también puede ser utilizado.

Entonces, para poner primero en contexto el tema que estamos hablando, voy a explicar brevemente cómo se utiliza la doctrina de *clean hands*, qué es y en qué escenario se aplica. En primer lugar, la doctrina *clean hands* es —voy a tratar de resumirlo de la mejor manera— si es

que usted ha obtenido el contrato con base en la corrupción, pierde los derechos del mismo, sea a través de la jurisdicción, sea a través del propio contrato, *clean hands* voy a decir, usted tiene que traerme el reclamo con las manos limpias, no sucias, en resumen.

¿Cómo se aplica? En realidad, se aplica solamente de dos maneras a nivel internacional. En primer lugar, tenemos el escenario del arbitraje comercial internacional, ICC. He buscado un ejemplo para explicar el tema, es el típico contrato de agencia, el típico contrato de medios, en el cual yo contrato a alguien que tiene contactos con el ministro, el presidente, en fin, para obtener un contrato. Lo más común puede ser un contrato de obra pública, de concesión. Lo contrato y ese lobista no obtiene un contrato, a pesar de que yo ya le he pagado. Cuando quiero demandar porque no obtuvo el contrato, no ha cumplido con lo que habíamos acordado, lo demando, y el lobista ejerce como defensa una suerte de *clean hands* en la cual señala que el contrato es nulo porque tiene un fin ilícito, «Tú me has contratado para cometer actos de corrupción» y, por lo tanto, la experiencia de ICC, que es bastante amplia, señala que estos contratos son nulos. Pero ¿qué es lo que se cuestiona en el fondo? Valga la redundancia, es el fondo; contrato y ataco la nulidad del contrato con un argumento de fondo.

Pero hay otro escenario en el cual se aplica *clean hands*, que es el arbitraje de inversión. En el arbitraje de inversión la lógica es distinta. Un reclamo en el arbitraje de inversión se basa, en primer lugar, en el tratado. ¿Qué es lo que sucede? Se obtiene un contrato con base en la corrupción, un inversionista en un determinado país receptor de la inversión lo obtiene a través de corrupción y cuando quiere hacer el reclamo al Estado y lo quiere hacer a través del tratado, el Estado lo que hace como defensa es que aplica *clean hands*. ¿Qué es lo que dice? «Señor, el tratado bilateral te dice que toda inversión que tú tienes que hacer en el Estado receptor de la inversión tiene que ser legal, y si tú no lo haces legal, que es lo que estamos corroborando que has hecho, que has obtenido el contrato por corrupción, si es que no es legal tú pierdes

todos los derechos del tratado, incluyendo la cláusula arbitral. Por lo tanto, perdiste la posibilidad de irte a un arbitraje, los árbitros a los que tú estás acudiendo perdieron jurisdicción. Por lo tanto —esto es el inicio de una etapa previa en un arbitraje Ciadi, por poner un ejemplo—, los árbitros no pueden resolver sobre el fondo de la controversia».

Ésos son los dos únicos escenarios en los que al día de hoy se ha aplicado *clean hands* en el mundo, pero, en realidad, no vengo a explicarles el día de hoy cómo se aplica, que es lo que generalmente utilizaba como tema, sino que voy a ir un poco más allá, porque quiero aterrizar el tema en qué es lo que está ocurriendo en Perú. Esto hace 3 años la verdad es que lo excluían, muy poca gente le hacía verdadero caso, pero hoy en día ya tenemos y les voy a traer acá dos casos concretos en los cuales los tribunales se han puesto en el escenario de «Ok, si tú me traes una denuncia de corrupción a mi caso, quiero saber cuál es el estándar de prueba que yo debo tener para poder decidir si es que hay corrupción o no». Y cuando vamos a la jurisprudencia internacional nos damos cuenta que solamente hay dos opciones que tienen los árbitros: o hay un estándar de probabilidades, es decir, les voy a poner un ejemplo para que se entienda mejor que, simplemente, te ofrezco una declaración, te ofrezco una investigación fiscal, te ofrezco, incluso, un proceso penal pero no culminado, que son indicios de que hay algo de corrupción, pero nada declarado. Y otra posición, que vamos a decir es la mayoritaria, que es de prueba plana, y la prueba plana básicamente son dos cosas: una sentencia judicial consentida de un juez; y, el otro escenario, es una declaración abierta de quien ha cometido el acto de corrupción.

El caso más famoso es *World Duty Free*, en el cual un inversionista que hizo un reclamo contra el gobierno de Kenia dijo en pleno caso ante el tribunal arbitral que él, efectivamente, había dado un soborno al presidente de Kenia y lo reconoció abiertamente y su excusa en su momento fue simplemente que le habían comentado cuando se acercó el presidente que en Kenia se acostumbraba culturalmente entregar un obsequio al presidente y, por lo tanto, él le dio una maleta de un millón

de dólares y eso era culturalmente aceptable. Como lo hizo tan abiertamente, el tribunal no hizo más que declinar la jurisdicción, había hecho una inversión ilegal y, por lo tanto, el tribunal no era jurisdiccionalmente competente para poder llevar el caso a cabo.

Éstos son, por ejemplo, algunos de los casos más emblemáticos en los cuales se ha utilizado el estándar de prueba plena que, valgan verdades, es el mayoritario. Pero analizo esta pregunta: ¿en qué casos en Perú el árbitro tendrá que realizar un estándar de prueba plena? Y, para ello, debo decir que sí, como somos bastante creativos, tenemos nuestro *clean hands* peruano también, escondido en la normativa de contratación pública. El artículo 36, aparte de que es posible poder cuestionar la nulidad del contrato, incluso, está expresamente en la Ley de Contrataciones que cuando sean actos de corrupción el contrato es nulo; a pesar de que podemos aplicar el Código Civil para anular contratos con fin ilícito; a pesar de que podemos hacer una analogía, incluso, del *clean hands* en arbitraje de inversión, forzar el tema, ni tan forzar, porque voy a contar un caso en el cual se está tratando de forzar; a pesar de todos esos escenarios tenemos en la ley un artículo, para variar, reactivo, en el cual se señala que ante una resolución del contrato, si es que se prueba que una de las partes tuvo corrupción —en realidad, el artículo está redactado para que el contratista sea quien ha sobornado al funcionario público—, pierdes los derechos de pedir una indemnización.

Entonces, si bien parece y es un artículo que está medio perdido en la Ley de Contrataciones, cuando un contratista el día de hoy quiera solicitar una indemnización derivada de una resolución de contrato lo que tiene que hacer es probar corrupción y, para hacerlo, en realidad, sólo tiene dos maneras: o hay una investigación fiscal o hay un proceso penal en curso, o la sentencia, una de dos. Y esos dos medios de prueba va a tener que presentárselos en su momento a un tribunal arbitral, y el tribunal arbitral va a tener que saber decidir qué medio de prueba es suficiente para que declare que hay corrupción tan grave como para quitarle el derecho al contratista de una indemnización o anular el con-

trato o, incluso, anular de oficio. Les he traído también un caso de un contrato en el cual ninguna de las partes ha solicitado su nulidad y el tribunal, ante una evidencia de corrupción, anula de oficio el contrato.

Entonces, no son casos ya que están viéndose a nivel internacional y uno dice: «¿En qué momento se aplicará en Perú?», sino que ya el día de hoy existen casos en los cuales los tribunales se están enfrentando a este reto, y para ello, bueno, éste es el escenario el día de hoy, en el cual los tribunales tienen que estar preparados, creo yo. Pero les he traído la experiencia peruana a través de dos casos.

Voy a hablar primero de un caso en el cual todavía no se ha laudado y voy a aplicar la confidencialidad de la que ha hablado Briana, «confidencialidad» entre comillas, porque lo curioso es que es un convenio entre dos entidades públicas. Es el primer caso en el Perú en el cual una entidad pública está argumentando de manera directa la doctrina *clean hands*.

¿Qué es lo que sucedió en este caso? Brevemente. Hay dos entidades públicas, una empresa pública que quiere hacer un edificio de oficinas, cinco pisos, dos estacionamientos, más o menos una obra de 45 millones de soles. En vez de hacer un concurso público, licitación pública o, simplemente, convocar a un experto, hace un convenio con una municipalidad, la municipalidad funge de constructor, un convenio en el cual se da un adelanto de 70%, algo inaudito, no hay garantías, no me sorprende que no haya carta fianza. Se da el 70% para iniciar la obra, entonces, era previsible, primero, que esos funcionarios públicos están en cualquier lugar menos en Perú, evidentemente la obra quedó paralizada en un 16%, aproximadamente, y se quedó ahí, abandonada.

Cuando entraron los nuevos funcionarios públicos lo que quisieron hacer, evidentemente, fue hacer un reclamo, «Ok, yo te di un adelanto de 70%, quiero que me lo devuelvas porque lo que hay es una obra que vale 16%».

Cuando contesta la municipalidad señala *clean hands*, una teoría netamente asociada a lo que es arbitraje de inversión, y no solicita la nulidad del convenio, sino señala que el tribunal no tiene jurisdicción, y cuando señala eso, señala de manera analógica que existe una investigación fiscal que, bueno, no puedo decir las partes porque todavía no hay laudo, y simplemente dijo que había una investigación fiscal, un proceso penal en juego y que todavía no había una sentencia. Pero habían informes del órgano de control interno, de la Contraloría General de la República, de un fiscal, de un proceso penal en curso, que evidenciaban que había actos de corrupción en este convenio arbitral, y era evidente, porque la obra está abandonada, los fondos públicos no estaban en ningún lado.

Y ese escenario es el primer reto que va a tener hoy en día ese tribunal arbitral en el Perú, resolver si el *clean hands* es aplicable, incluso, a una lógica nacional, que no es el tema del día de hoy. Hay pros y contras, en realidad, para aplicarlo, pero es un gran reto para el tribunal.

El segundo caso, y en éste sí cuento los nombres porque está publicado, es del señor Salazar con el Gobierno Regional del Cusco, y menciono a Mapfre porque creo que fue el gran protagonista en este caso. ¿Qué es lo que sucedió? No importa qué se estaba discutiendo porque no es lo relevante en este caso, lo que sucedió es que cuando estaba discutiendo el señor Salazar con el Gobierno Regional del Cusco sobre una obra en específico, Mapfre apareció solicitando —justo es el tema de Pablo— ingresar como parte no signataria. ¿Por qué? ¿Qué es lo que había sucedido? El Gobierno Regional del Cusco había resuelto el contrato y estaba solicitando la ejecución de las cartas fianza del señor Salazar. Cuando lo solicita el Gobierno Regional del Cusco, Mapfre dice: «Ok, yo tengo evidencias y tengo conocimiento que tú, Gobierno Regional de Cusco, con el señor Salazar, estás denunciado por colusión hoy en día en un proceso en el Poder Judicial. Por lo tanto, yo no te debo entregar las cartas fianza ni tampoco el dinero; yo voy a esperar al Poder Judicial, hasta que alguien decida o un juez decida si ustedes se

coludieron o no»; pero como yo le quiero decir esto al tribunal arbitral y quiero decirle directamente que anule ese contrato, yo quiero ingresar a ese arbitraje para decirle: «Señor, ese contrato es nulo por colusión».

Al final, el tribunal rechaza este ingreso de Mapfre, pero hace suyas las pruebas y hace suyo lo dicho. Entonces, independientemente de que Mapfre participó o no, finalmente, hubo una participación realmente esencial, porque el tribunal arbitral —y es el primer caso que yo he visto— anula de oficio el contrato, porque al momento en que iban a laudar se había presentado una sentencia penal consentida, no recurrida por ninguna de las partes, en la que se declaraba que había colusión de ambas partes. El tribunal con esa sentencia firme lo que hace es declarar ese contrato nulo de oficio y, simplemente, cada uno a su casa.

Si es que analizamos cuál es el estándar de prueba que utilizó el tribunal, ese caso duró más o menos 5 años por varias cosas, pero cuando Mapfre presenta la documentación, no presenta exactamente la sentencia, sino que hay una investigación o un proceso penal en curso, pero el tribunal solamente resuelve cuando tiene una sentencia plena de un juez, no recurrida. Entonces, lo que podemos ver es que los tribunales peruanos, al menos hasta el día de hoy, en los pocos casos que se están viendo en estas circunstancias, están esperando realmente tener una prueba plena, en concordancia con los antecedentes o con la jurisprudencia arbitral internacional.

Eso es todo. Quería, simplemente, compartir estos casos y creo que es el nuevo reto de los árbitros peruanos el día de hoy. Gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Seguimos con el tema «Financiamiento de terceros en el arbitraje. Analizando la posibilidad de su implementación en el Perú», a cargo del doctor Luis Miguel Velarde. Lo recibimos con un fuerte aplauso.

Luis Miguel Velarde Saffer: Buenas noches con todos. En primer lugar, muchas gracias al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, específicamente, a la doctora Marlene, a Silvia y a José Carlos, por la gentil invitación.

El tema que me corresponde tratar es «El financiamiento de terceros en el arbitraje. Analizando la posibilidad de su implementación en el Perú». He pensado dividir esta presentación en dos partes. En una primera parte quiero comentarles de manera muy breve qué cosa es lo que en inglés se dice *third party funding*, que es el financiamiento de terceros; cómo ha ido evolucionando y por qué ha generado tanto interés, en mi opinión. Y, en segundo lugar, en la segunda parte de la presentación, les comentaré un poco por qué surge esta idea de que hay que regular el financiamiento por terceros y qué creo yo al respecto, si es necesario regularlo o no.

Si damos una definición general de lo que es el *third party funding*, lo que diremos es que se trata del financiamiento de un tercero no vinculado a una disputa, que básicamente otorga financiamiento a una persona natural o jurídica a efectos de poder, digamos, presentar un reclamo. Aunque no es exclusivo de las partes demandantes, como regla general se da en la parte demandante, siendo la demandante la financiada.

El *third party funding* es bastante reciente en el área del arbitraje y es bastante más antiguo en el área de litigio judicial. No tengo fechas exactas, pero en el campo del arbitraje me imagino que tendrá tal vez unas tres décadas desde que lo comenzamos a conocer, y desde ese momento hasta la fecha ha comenzado a expandirse, y lo que llama la atención es que el *third party funding* surge en un contexto en el cual hay varias otras opciones de financiamiento para alguien que quiere iniciar un arbitraje. Voy a mencionar algunas, rápidamente. Tenemos, por ejemplo, el financiamiento que dan los propios abogados que, en Estados Unidos es muy común que se den estos acuerdos de honorarios de éxito, donde

los abogados financian asumiendo el riesgo parcial o totalmente de la presentación del reclamo. Tenemos también la opción de la cesión parcial que puede hacer, digamos, el titular del reclamo si quiere conseguir fondos de alguna otra empresa o de un privado. De esa manera, el titular del reclamo consigue fondos para presentar el reclamo y asume el riesgo, en el caso, de que el reclamo no sea exitoso. Y tenemos también la acción tradicional, que es la del préstamo común, cómo puede el titular del reclamo ir al banco, conseguir financiamiento y presentar el reclamo.

Éstas son un poco las formas que existían al momento en el que surge el *third party funding*, y a pesar de que existen éstas y otras formas bastante más elaboradas que incluyen en muchos casos también compañías de seguros para dar financiamiento, el *third party funding* hemos visto que se ha desarrollado de manera notable en los últimos veinte años.

Algunas estadísticas que surgen de esas encuestas que menciona Briana, hechas por la Queen Mary University, que son básicamente encuestas que se hacen cada 3 años, si no me equivoco, y que son encuestas bastante representativas, porque van realmente a los principales actores del arbitraje internacional. Y lo que muestran estas encuestas, como pueden ver, comenzando por la del 2015, es que ya en el 2015 el 51% de los practicantes del arbitraje internacional tiene conocimiento de la existencia del *third party funding*, 27% lo han visto utilizado en la práctica, 12% lo han usado en la práctica y un 9% nada más desconoce su existencia. Luego, si ven, por ejemplo, la encuesta del 2018 estas cifras mejoran, podríamos decir, un poco: 56% ahora de los practicantes o de los participantes en el arbitraje internacional tienen conocimiento de lo que es el *third party funding*, 26% lo han visto utilizado en la práctica, 16% lo han usado en la práctica, que es casi un 5% más de los que lo habían usado en el 2015 y ahora sólo un 3% desconoce la existencia del *third party funding*; o sea, es mucho más conocido.

Entonces, claro, ven que hay una evolución y que esto se va haciendo cada vez más conocido, cada vez más utilizado por la gente en la

práctica y, a pesar de que vemos esta evolución positiva, en el campo del arbitraje internacional vemos también, al mismo tiempo, que todavía el *third party funding* tiene mucho terreno por recorrer en el arbitraje internacional.

En pantalla tienen una gráfica tomada de un reporte que hace Burford Litigation Funding, que es un fondo bastante conocido que financia muchos litigios judiciales y también arbitrajes y sólo el 13% de sus solicitudes de financiamiento tienen que ver con arbitraje internacional, o sea, a pesar de que vemos una evolución claramente positiva y una expansión del *third party funding* en el arbitraje internacional, todavía queda mucho terreno por recorrer y, claramente, esto genera mucho interés en los financistas.

¿Por qué el *third party funding* ha tenido esta evolución tan positiva a pesar de que existen estos otros medios de financiamiento que mencionaba al inicio? Les comento algunas razones. En relación con el financiamiento de abogados, me corregirán si me equivoco, pero, en mi opinión, los abogados somos, en principio, adversos al riesgo. ¿Verdad? Y esos acuerdos de honorarios de éxito suelen ser, si bien ocurren en la realidad, al menos en nuestra realidad no suelen ser tan frecuentes, finalmente el abogado presta el servicio y está sujeto a lo que se llama un *contingency fee*, en caso el resultado sea exitoso o no. Parece ser algo que no nos gusta mucho y eso a lo que conlleva es que la oferta de abogados que pueda dar este tipo de financiamiento sea limitada o que, en todo caso, cuando exista esta oferta no necesariamente cubra la totalidad. Digamos que el abogado no asuma todo el riesgo, sino que comparta una parte del riesgo y que deje al titular del reclamo pagar la otra parte. Entonces, no parece ser algo idóneo y, además, en algunas jurisdicciones, para que sepan, estos arreglos de *contingency fee* están prohibidos.

Luego, la opción de la cesión del reclamo tampoco parece ser una opción que sea tan atractiva porque, para comenzar, conseguir a alguien que pueda estar interesado en comprar parcialmente un reclamo puede

ser complicado, supone que alguien acepte comprarte una parte del reclamo y luego tener que llevar el arbitraje contigo, tomando decisiones de manera conjunta, con todo lo que eso supone. Y eso puede generar trabas o eso puede no ser tan atractivo como comprar un reclamo completo, por ejemplo, y además, lo que yo creo más importante es que aquél que cede parte de su reclamo, igual sigue asumiendo, bueno cobrará por la parte del reclamo que se cede, pero luego tendrá él mismo que financiar la parte del reclamo con la que se queda, con lo cual, siempre se queda con una parte del riesgo, porque tiene que pagar parte de los costos.

Y, bueno, en el caso del préstamo tradicional como lo conocemos, bueno, claramente el titular del reclamo asume todo el riesgo.

Entonces, un poco el mensaje que quiero transmitirles sobre por qué el financiamiento por terceros surge en el arbitraje, es porque realmente es un producto nuevo y es un producto novedoso que tiene características distintas a las que conocemos o a las que hemos conocido hasta el momento. Tenemos una entidad especializada en financiamiento de arbitraje, que tiene mucho interés en asumir riesgos, contrariamente a lo que ocurre con los abogados, y que tiene fondos a disposición para financiar la totalidad del reclamo y asumir la totalidad de los costos de abogados y de la institución que administra el arbitraje, etcétera. Además, es lo que se llama un «financiamiento sin recursos», el *third party funder* asume el riesgo y si el reclamo no es exitoso, entonces, simplemente esa inversión es una inversión que no fue rentable, que no fue exitosa.

Algo importante que creo que además contribuye a esta evolución, y lo tienen en pantalla, es que a veces se piensa que el financiamiento por terceros es realmente para aquéllos que no tienen dinero para presentar un reclamo y, si bien eso abarca parte de los casos, también hay personas o empresas que tienen los fondos para financiar un arbitraje, pero que simplemente no quieren invertir esos fondos en eso, quieren invertirlos en algo distinto, quieren invertirlos en expandir su negocio,

quieren invertirlos en una línea de negocio distinta. Entonces, ése es otro atractivo del *third party funding* y de por qué se comienza a utilizar más y más.

Claro, la pregunta luego que surge, bueno, todo esto es muy interesante para el titular de un reclamo que quiere financiar; pero, ¿por qué los financistas se han comenzado a interesar en este mercado? Y algunas ideas sobre el tema, las tienen en pantalla.

Hay montos muy importantes en disputa, estoy pensando, principalmente, en el arbitraje internacional, que es donde esto se ha desarrollado; hay decisiones que son en teoría más rápidas, aunque no siempre es el caso; y, últimamente hay mucha crítica a la eficiencia en el arbitraje; las decisiones en el ámbito del arbitraje internacional, al menos, son de fácil ejecución o de más sencilla ejecución por la Convención de Nueva York; y, los tribunales arbitrales son especializados. Ésas son un poco las ideas por las que yo creo que los financistas se han empezado a interesar en el campo arbitral.

Entonces, pasando a la segunda parte de mi presentación, ya habiendo visto la evolución, la pregunta que quería tratar es, ¿por qué surge la idea de regular esta industria? Y, básicamente, hay dos o tres razones generales.

La primera razón tiene que ver con los conflictos de interés; como ustedes saben, el árbitro tiene que ser imparcial, tiene que ser independiente, como ya se conversaba en el panel anterior, y eso significa que, en principio, se debe revisar, se debe analizar cualquier posible relación que exista entre el árbitro y las partes; pero, cuando se incorpora un *third party funder* al caso, digamos, aunque no es parte, surge siempre la preocupación de, bueno, esta empresa o sus miembros pueden tener relaciones también con los árbitros y los árbitros pueden estar inclinados a fallar de una u otra manera, o tener una apariencia de inclinación, precisamente, por estas relaciones.

Puede haber una relación del financista, por ejemplo, con el árbitro o con su despacho de abogados, o puede ser que el mismo financista, digamos, haya financiado ya muchas disputas, muchos arbitrajes, y que siempre designe al mismo árbitro, esto de las designaciones repetidas también se puede dar en el *third party funding*; por esa razón se ha propuesto que se tenga que revelar la identidad del financista, precisamente, para garantizar este *conflict check* y preservar la integridad del arbitraje.

También hay algunas que han ido un poco más allá y buscan que no sólo se revele la identidad del financista, sino también los términos del financiamiento, y esto es algo que no ha pegado mucho, digamos, hay un solo tribunal que ha obligado a una de las partes a revelar los términos de su acuerdo de financiamiento, lo cual es una realidad bastante excepcional a la fecha.

Las estadísticas de la Queen Mary University muestran que, precisamente, la preferencia de los usuarios del arbitraje, es por la revelación; por la revelación de la existencia de un financiamiento de terceros y por la revelación de la identidad del financista, para poder hacer este *conflict check* que preserve la identidad del arbitraje.

Una segunda razón bastante menos explorada por la cual surge esta idea de regular el *third party funding* es para proteger la relación entre el abogado y su cliente. Esto, básicamente, se explica porque si no hay un *third party funder*, directamente quien paga los honorarios del abogado es el cliente, pero una vez que se involucra un *third party funder*, normalmente, lo que va a ocurrir es que ese financista va a pagar los honorarios. ¿Verdad? Ése es su rol, financiar el arbitraje. Entonces, surge la preocupación de que el abogado deje de ser leal con su cliente y comience a considerar como su real cliente al financista porque, finalmente, es el financista quien paga sus honorarios y eso genera la preocupación de que se distorsione esta relación y todos los deberes que tiene el abogado respecto de su cliente real, que es el titular del reclamo.

Bueno, también surgen dudas en relación con el deber de confidencialidad que tiene el abogado en relación con su cliente y que éste pueda romperse por la aparición del financista.

Esto es un poco lo que les acabo de comentar en cuanto a las citas y las preocupaciones.

Entonces, regresando a la pregunta, y ya para terminar, ¿es necesario regular el *third party funding*? A mi modo de ver, las preocupaciones que les he mencionado, especialmente, la más sonada, la de los conflictos de interés, es una preocupación seria que vale la pena tomar en cuenta y que justifica una regulación, principalmente, para proteger al arbitraje; es para eso, para proteger al arbitraje.

Hay voces, para que sepan, que son contrarias a la regulación. El Ciadi abrió un poco al público comentarios a las propuestas de modificación que estaba haciendo a sus reglas, una siendo vinculada al financiamiento de terceros, y un *funder* envía esta comunicación que tiene una página y es bastante escueta, básicamente, diciendo: «Han ocurrido muy pocos problemas, no hay necesidad de regularlo».

A mi modo de ver, sí hay necesidad de regularlo, nuevamente para proteger el arbitraje. Creo que esta regulación debería hacerse a nivel internacional en directrices como las de la IBA de conflictos de interés, que han sido tan útiles. No creo que deban regularse en el Perú, no creo que tenga sentido regularlo en el Perú, sabiendo, además, los riesgos que supone que nuestro Congreso comience a trabajar en leyes vinculadas al arbitraje, y creo que con reglas de la IBA, eventualmente, cuando esto comience a usarse, ojalá más en el Perú, creo que en parte va a depender de que el Perú comience a hacerse una sede más atractiva para el arbitraje internacional. En ese momento, esta regulación internacional podrá aplicarse.

Ya para terminar, esta preferencia también otra vez se refleja en las estadísticas de la Queen Mary University sobre la posibilidad de regular esto en las directrices de la IBA. Muchas gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Vamos a continuar con el tema «Anulación de laudos por corrupción», a cargo del doctor Martín Wong. Lo recibimos con un fuerte aplauso.

Julio Martín Wong Abad: Sean mis primeras palabras para agradecer al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por la invitación, y no solamente por la invitación, sino también por la generosidad de haber permitido que mi participación, que no podía realizarse el día viernes, se pueda realizar hoy, acompañado de la «mesa de los jóvenes», como me dijeron más temprano. Así que estoy de contrabando en esta mesa.

Bueno, creo que luego de esto tengo que expresar algo que me parece indispensable. Más allá de los temas que podamos conversar y que son muy interesantes, creo que, como miembro del Poder Judicial, debo decir algo sobre la crisis que está viviendo en este momento la institución. Realmente, nos sentimos, me siento muy avergonzado, pero al mismo tiempo —disculpen que lo diga, pero así me nace—, muy feliz, realmente me siento muy muy feliz, cada vez que escucho un audio de éstos que salen, considero que se está haciendo algo y espero que salgan todos y que sigan saliendo y que sepamos con quién contamos para poder reconstruir el sistema de nuestro país luego de esta debacle que estamos viviendo.

Estamos a prueba, seguimos a prueba, la vida de un juez, la vida de un árbitro también, no se mide por todos los buenos casos que pudo haber resuelto, se mide en cada caso, con el siguiente caso, y por eso es que debemos seguir en esa circunstancia y, ahora, de repente, ya no podemos hablar del Poder Judicial, sino de algunas personas importantes.

Ayer, por ejemplo, ha participado Sara Echevarría. Cuando pienso en los problemas que tiene el Poder Judicial, digo: «Seguimos funcionando, Sara sigue en una sala comercial todavía resolviendo sobre temas de arbitraje». Creo que hay entraña de la cual podemos sacar fuerza y crecer. Como siempre lo digo en estos últimos días, todo esto se sabe porque una fiscal valiente lo pidió, porque un juez valiente lo hizo posible, y darle gracias también a la gente que filtró esos audios.

De este tema podríamos hablar muchísimo, aunque toda la mesa creo que ha hablado del problema grande que tenemos con la corrupción. Ya no es Poder Judicial, ya no es el arbitraje solamente, creo que es una necesidad urgente de enfrentarlo como un problema nacional.

Pero me centro en el tema que se me ha pedido: «Cuándo un laudo es pasible de ser anulado por corrupción».

Hay distintos personajes y escenarios de la corrupción dentro del arbitraje. Yo he hecho un listado, supongo que hay muchísimos más, pero creo que éstos son los tres —de repente al final les muestre uno más— escenarios razonables de la corrupción dentro del arbitraje; es decir, los árbitros se encuentran con un contrato celebrado a partir de un acuerdo corrupto, es algo de lo que ya hablé, me parece, Sandro, y los árbitros tienen que juzgar sobre un contrato que ha sido celebrado, aparentemente, por corrupción. Otro escenario es en el cual los árbitros son los corruptos y, por consiguiente, han acordado con alguna de las partes para favorecerla. Un tercer escenario es el de la corrupción o fraude de las partes y el árbitro, que también ha sucedido. Realmente, en el Perú ha sucedido de todo a nivel de corrupción para perjudicar a un tercero.

Veamos el primer escenario. Y aquí planteo posiciones; voy a hacer un listado rápido, a mí me parece que el contrato celebrado debido a un pago corrupto no deja por eso de ser arbitrable. Todas las controversias disponibles, me parece, siguen siendo arbitrales. Incluso, la ley nos dice

que la nulidad de un contrato con el Estado, de un contrato sujeto a la Ley de Contrataciones, se tiene que llevar a arbitraje. Por consiguiente, me parece que, incluso en el caso de que se acredite que el contrato fue adjudicado debido a corrupción, igual todas las controversias disponibles, todas las liquidaciones correspondientes del contrato tendrían que llevarse y resolverse en arbitraje.

Ahí tendríamos que ver también los temas que planteó Sandro. Ése es un problema que los árbitros deberían y van a tener que enfrentar seguramente muy pronto. Por consiguiente, en ese caso, el laudo que se emita en ese arbitraje, no sería anulado por corrupto, podría ser anulado por cualquier otra causal, pero no por corrupción, el laudo resolvería tal vez problemas, mal o bien, de corrupción, pero no sería anulado por corrupción él mismo.

El problema, claro, se plantea cuando la corrupción la realizan los árbitros para favorecer a una de las partes y, en este caso es claro, podríamos estar en el inciso 63.1 c), la Sala Comercial Superior ha considerado que es violación al debido proceso en la manifestación de derecho a un tribunal imparcial, pero no parece haber discusión, ese laudo es nulo por violación, ya sea del c) o del b), debido proceso.

El gran problema, en este caso, es cómo probamos que los árbitros han incurrido en corrupción. Generalmente, el problema que se plantea aquí es el problema de la prueba. Hay situaciones muy complicadas, porque podría ser que nos enteremos que hay indicios de corrupción dentro del proceso arbitral. Evidentemente, en ese caso lo que tendríamos que hacer es recusar y buscar la anulación a través de la recusación.

El segundo problema que podría plantearse es que, luego de emitir el laudo, y antes de que venza el plazo para presentar la demanda, demostremos o logremos obtener pruebas de una supuesta corrupción. Entonces, todavía estamos a tiempo, todavía podemos plantear ese tema y podemos lograr la anulación por corrupción.

El gran problema es qué hacemos cuando las pruebas las obtenemos luego de vencido el plazo para presentar la demanda correspondiente. Es decir, descubrimos un año después, por audios, por confesiones, porque cae el clan y comienzan a aparecer colaboradores eficaces que dicen: «Ese arbitraje se llevó a cabo con corrupción, los árbitros cobraron tanto y tanto». Bueno, como ahora, incluso, hay un colaborador eficaz que está contando cómo se repartían el dinero los árbitros a partir de los casos de Odebrecht.

¿Qué hacemos en ese caso? ¿Anulamos o abrimos una especie de, no sé, barrera para poder atacar un laudo o un proceso arbitral que ya está oleado y sacramentado, con autoridad de cosa juzgada? La respuesta es complicada. Yo creo que en esos casos tendríamos que ir por los temas de indemnización, me parece que la seguridad jurídica también es un valor en sí misma. Aparte, ¿por qué? Porque no estamos hablando de derechos humanos.

En el Poder Judicial, mi generación de jueces se encontró luego del gobierno de Fujimori, y ahí hubo sentencias que tuvimos, realmente, que anular porque violaban derechos humanos. Sin embargo, en arbitraje con el Estado también, generalmente los temas son monetarios y, por consiguiente, mientras estemos en ese rango todo se podría resolver en indemnizaciones posteriores por los favorecidos por la corrupción y demás. Yo sé que podríamos discutirlo, pero me parece que por ahí podría ir el tema.

Que yo conozca, solamente hay un caso en el cual el Poder Judicial ha declarado nulo un laudo por corrupción de los árbitros y es el caso que es reconocido como laudo Orellana.

En este caso, los árbitros, incluso, fueron filmados repartiéndose el botín, la coima. ¿Por qué? Porque a partir de un concepto que, lamentablemente, es muy gaseoso y no está muy bien regulado en nuestra Ley de Contrataciones con el Estado, el tema del equilibrio económico fi-

nanciero, que realmente es una simple frase en la ley y eso va a provocar, casi con seguridad, multitud de malos usos de esa figura. Estos árbitros se conminaron a pagar al Gobierno Regional de Arequipa la suma de 44 millones de soles, sumando todos los ítems que tenían que estaban reclamados. Pero lo más particular es que ordenaron como medida cautelar una retención una retención con pago anticipado de 7 millones de soles y, justamente, en el reparto de estos 7 millones de soles es que se produce, incluso, la filmación.

Es un caso absolutamente fácil. ¿Por qué? Porque, incluso, una vez que cae el clan Orellana, uno de los árbitros se acoge a la confesión sincera y revela todas las cosas que se habían hecho e, incluso, para mayor suerte del gobierno regional, el laudo estaba todavía en plazo para ser impugnado; por consiguiente, yo les diría que este caso casi no lo vamos a ver, es un caso fácil, no es un caso difícil, después de todo. El tema complicado lo van a representar las situaciones que les comentaba antes.

Y algo que también se ve frecuentemente, ya lo mencionaron también hace un momento, la corrupción o fraude de las partes y el árbitro para afectar a un tercero, laudos que afectan derechos de terceros que no están comprendidos en el convenio y ni siquiera a veces han sido citados al proceso. ¿Qué hacemos en ese caso? Se mencionaba el amparo, el precedente María Julia así lo señala. Pero, ojo, ahí hay que hacer la indicación, si el árbitro me incorpora al proceso y me dice «Eres una parte no signataria», ya no puedo usar María Julia, tengo que ir al proceso arbitral, a la nulidad del laudo, y luego, solamente después de que se agote todo eso, tal vez al amparo. Por consiguiente, ahí hay un problema. En las salas comerciales han aceptado también nulidades por terceros y las han amparado. Entonces, tenemos dos caminos, amparo y nulidad del laudo.

Un tema que no está regulado en nuestro sistema es el de las medidas cautelares. Muchos procesos arbitrales únicamente buscan la medida cautelar y luego el tribunal, en buena cuenta, desaparece. ¿Por qué?

Porque lo único que buscaba la parte era la medida cautelar, por ejemplo, de administración de bienes de una empresa; y, luego, incluso, no tiene mayor interés en la prosecución del proceso. ¿Cómo nos defendemos de una medida cautelar siendo terceros? La única vía es el amparo.

Por consiguiente, yo creo que ahí la ley pudo haber previsto que también era posible la nulidad del laudo. Yo creo que, incluso, podría ser posible, pero no es materia de sustento en este momento. Tenemos el caso, por ejemplo, de Giovanni Paredes, del Camal de Yerbateros, resuelto por el Tribunal Constitucional, en el cual el amparo surtió efectos para declarar nulo un laudo de este tipo.

Para terminar, todos estos casos son corrupción dura, corrupción que podemos tocar, pero todos, creo, nos hemos enfrentado a esa corrupción indetectable cuando recibimos un laudo o una sentencia con los que sentimos que nos han robado. A mí, como juez, me interpusieron un amparo también en una anulación de laudo. Nuestra sala solicitó un informe técnico de un perito. La parte que pedía la nulidad del laudo concurrió a la audiencia, el perito no concurrió y, sin embargo, la sala hizo preguntas, llegamos a algunas conclusiones y le preguntamos a las partes si era necesario que el perito exponga de todas maneras, porque la sala quedó satisfecha con las contestaciones que le habían dado a sus preguntas, como técnicos también.

Ambas partes acordaron que no era necesario llamar nuevamente al perito, sentenciamos en contra del demandante y a los dos meses nos llega la demanda de amparo. ¿Por qué? Porque no habíamos citado al perito.

Yo pensé que era una equivocación, que seguramente me había equivocado al llenar el acta. Fui al expediente, saqué el acta y el acta estaba firmada por todos los abogados y representantes de las partes, diciendo: «No queremos al perito», y ahora eso era causal para irse en amparo.

Termino. Me declararon fundado el amparo en primera instancia. Me sentí robado, sentí que había corrupción. ¿Qué hacer en esos casos? Sucede a cada momento y, en el arbitraje, como juez, he revisado laudos en los cuales sí siento que, a una parte, simplemente, le están robando, pero no se prueba corrupción, la motivación responde a los estándares mínimos y, por consiguiente, el laudo no puede ser anulado.

¿Qué hacer ahí, aparte de llorar? Criticar y criticar mucho y en voz alta tanto a jueces como a árbitros, y tratar de hacer corriente de opinión para identificar tanto a los malos jueces como a los malos árbitros.

Algo más. Tenemos un problema adicional en el Perú, los procesos arbitrales inexistentes en los cuales lo único que hay del supuesto proceso arbitral es el laudo y, no solamente eso, sino que ese laudo que no tuvo proceso arbitral, incluso, se puede llegar a inscribir en Registros Públicos. Yo creo que, en esos casos, cuando no existe proceso arbitral, ya no estamos dentro de la Ley de Arbitraje, es decir, la Ley de Arbitraje está pensada, como el legislador no puede pensar de otra manera, para la existencia de un proceso arbitral, malo o bueno, llevado bien o mal, incluso, con convenio o sin convenio, pero un proceso existente. Cuando el proceso arbitral mismo no existe creo que podemos utilizar otras herramientas, incluso, la justicia ordinaria, salir de la nulidad del laudo e ir, incluso, por un proceso de conocimiento a anular cualquier consecuencia, siempre y cuando probemos que el proceso arbitral simplemente fue inexistente. Muchísimas gracias, a sus órdenes para las preguntas.

Alfredo Soria Aguilar: Muchísimas gracias por su atención, muy amables.

MESA 6: ¿CRÓNICAS DE UNA MUERTE ANUNCIADA? RETOS DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Rolando Eyzaguirre Maccan¹ (moderador)

Alfredo Bullard González²

José Daniel Amado Vargas³

Eloy Anzola Etchevers⁴

Álvaro Galindo Cardona⁵

Rolando Eyzaguirre Maccan: Muy buenas noches con todos. En primer lugar, quiero agradecer al Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú por esta invitación para compartir esta mesa con tan distinguidos colegas y mejores amigos.

¹ Cuenta con un máster en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú, graduado de esta misma casa de estudios, catedrático, con amplia experiencia en asesorías vinculadas al derecho civil, derecho de seguros y derecho administrativo.

² Máster en derecho por la Universidad de Yale, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de diversas asignaturas en esta casa de estudios, socio del Estudio Bullard Falla Ezcurra.

³ Con maestría en la Universidad de Harvard, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y socio del Estudio Miranda & Amado.

⁴ Con estudios de posgrado en la Escuela de Derecho de la Universidad de París y en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas. Actualmente, está dedicado al arbitraje comercial internacional desde la ciudad de Miami.

⁵ Se desempeña en calidad de consejero internacional en Dechert LLP, asesorando en asuntos de arbitraje internacional. Anteriormente, se desempeñó como director de asuntos internacionales y arbitraje de la Procuraduría General del Estado de Ecuador y también como consultor legal en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - Ciadi.

El tema que nos ocupa ahora, «Crónicas de una muerte anunciada», tiene como razón de ser que en el derecho internacional de inversiones hay una fuerte corriente para tratar de reformular el sistema y, en algunos casos, hay hasta propuestas para eliminar el arbitraje de inversiones, crear unos tribunales multilaterales de inversiones y reemplazar el arbitraje por un órgano permanente de carácter internacional, cuya composición la van a formar los Estados y la selección no va a ser por parte de las partes que disputan en esta controversia.

Ése es el primer tema que va a tratar nuestro ponente, que es Alfredo Bullard, cuáles son las bondades del arbitraje de inversiones frente a tribunales de esta naturaleza, tribunales multilaterales que supriman el arbitraje de inversiones.

Alfredo Bullard González: Buenas noches. En primer lugar, agradecer a los organizadores no sólo por esta invitación, sino por invitarme siempre, ya perdí la cuenta de cuántos años he podido participar de este evento, doce años, por ahí habré faltado a alguno, pero, en general, vengo a todos y siempre es un placer compartir con los organizadores y con los paneles que siempre me tocan, que creo que siempre son de primer nivel y tengo la suerte de poder compartir con ellos.

Vamos a comenzar hablando del arbitraje de inversión y de esta ola que hay ahora en el mundo para tratar de cuestionar las bases sobre las cuales este sistema se creó. El título del panel es sugestivo, creo que equivocado, porque dice «crónica de una muerte anunciada». Todavía no ha muerto el arbitraje de inversión y dudo que muera, lo que va a pasar es que va a seguir evolucionando y van a haber nuevas formas de ver las cosas, pero creo que es muy difícil pensar que este sistema va a desaparecer. Creo que van a haber corrientes distintas y voy a tratar de explicar por qué creo eso.

En primer lugar, yo les pregunto: «¿Qué están viendo ahora?», ustedes me dirán: «Es el mapa de un país, de los Estados Unidos». En

realidad, creo que es un error que todos cometemos cuando vemos eso, porque, en realidad, lo que ustedes están viendo es el mapa de cincuenta países, no se ve Hawái que está por ahí, pero son cincuenta países. Estados Unidos no es en estricto un país, Estados Unidos son cincuenta países. Estados Unidos desarrolló un sistema legal en función a la creación de cincuenta países distintos —originalmente no eran cincuenta, eran trece, ahora son cincuenta—, cada uno de ellos tiene su propio sistema para dictar leyes; su propio sistema judicial; su propio sistema, en consecuencia, de administración de justicia; tiene su propio gobierno; y una regla muy simple que generó que luego lo consideráramos como ahora: tienen un gobierno federal, una suerte de gobierno internacional de todos estos cincuenta países; sin embargo, tienen un mérito entre ellos y es que la frontera de esos países no impide el movimiento de personas, no impide el movimiento de mercancías, no impide el movimiento de ideas, se pueden mover de uno a otro fácilmente, hay una gran movilidad, pero son países distintos.

Esa movilidad genera lo que ocurre cuando uno puede escoger, que es competencia, los países compiten entre sí y generan sus propios marcos legales y algunos países deciden competir por unas cosas, algunos estados —para utilizar la terminología que utiliza el sistema federal—, y algunos compiten por otras cosas. Todas las controversias comerciales o buena parte de ellas se van a New York para ser resueltas porque New York consiguió un marco institucional que genera mucha confianza para el comercio. Delaware es donde se constituyen buena parte de las sociedades que existen, de las corporaciones que existen, porque desarrolló un derecho societario, un sistema registral muy confiable, y así uno puede seguir paseándose, en Miami la gente tiene una ventaja, aprovechan el clima, la gente mayor muchas veces se quiere ir a vivir a Miami, los países compiten por distintas cosas.

Lo interesante es que esa competencia genera legislaciones y marcos legales distintos que, a pesar de ello, con el tiempo se han ido pareciendo mucho, es decir, muchas de estas legislaciones tienen muchas

similitudes, algunas tienen variaciones, no son todas iguales. Esto se genera por un mecanismo competitivo, es decir, el sistema legal americano es competitivo y lo que ha ocurrido en los últimos años es un reforzamiento del sistema federal y al reforzarse el sistema federal lo que ha venido ocurriendo es que tienen una limitación y comienzan a darse limitaciones, y ahí tienen ustedes a Trump limitando mucho de lo que se hace, el Gobierno es mucho más fuerte, reduciendo de alguna manera la competencia a través de monopolizar ciertas decisiones legales. Esto comenzó, además, mucho antes, cuando se crean los organismos reguladores, luego del *new deal* en Estados Unidos.

Pero ustedes dirán: «Todo esto ¿qué tiene que ver con el arbitraje de inversiones?», y es que, claro, uno puede tener distintas formas de organizar el derecho, uno puede organizar el derecho a través de un sistema monopólico, ése al que estamos acostumbrados: hay un Congreso, hay un Poder Ejecutivo, hay un sistema de administración de justicia y los que nacen en ese territorio están sometidos a lo que estos sistemas digan, las leyes son las que se dictan a través de ese sistema, podrán ser democráticos, todo lo que quiera, pero estamos sometidos a ese sistema y nuestra capacidad de competir, en realidad, es mudarnos a otro país, con todas las dificultades migratorias y con todos los problemas que eso genera.

La otra alternativa es tener un sistema competitivo, es decir, poder escoger cuál es el derecho a través de lo que siempre se utiliza en tecnología, cuando hay movilidad uno no vota con su voto electoral, sino vota con los pies, se mueve, se va a otro lado, si el sistema no le gusta, se va; si no me gusta vivir en Miraflores, me mudo a San Isidro; si San Isidro no me ofrece mejores condiciones, me muevo. Bueno, Estados Unidos consiguió eso y lo que sostengo de la creación del sistema de arbitraje de inversión responde a una situación similar.

La razón por la que existe el arbitraje de inversión no es porque a un organismo internacional en algún momento se le ocurrió crear un

sistema monopólico de resolución de conflictos internacionales entre inversionistas y países, surgió porque la competencia por atraer la inversión hizo que los países ofrecieran marcos legales distintos, algunos son marcos internos, leyes de promoción de inversiones, protección de inversiones, etcétera, que todos los países han ido desarrollando; pero uno de éstos es ofrecer mecanismos de justicia arbitral para que los inversionistas tengan la confianza de poder arbitrar una controversia con el Estado, por el incumplimiento de las garantías de inversión que el Estado le ha dado, que pueden ser garantías que están en un contrato, o pueden estar como usualmente ocurre, en un tratado que firman dos países, donde los países para atraer la inversión establecen el mecanismo arbitral.

Entonces, no es que a alguien se le ocurrió esta idea de la noche a la mañana, ha ido apareciendo a través de un proceso competitivo de los países por atraer inversión y de los inversionistas buscando lugares que les den cierta seguridad. Y esto es muy darwiniano, ésta es una cita de Darwin, «Un proceso adaptativo competitivo donde ciertas especies [...]», arbitrajes, que no son los únicos, todo el mundo habla del Ciadi, pero hay una serie de alternativas, uno puede tener un arbitraje de inversión CCI, puede tener un *ad hoc* Uncitral, puede tener, teóricamente dudo que lo pongan en un tratado, pero un arbitraje del Centro de la Católica o de la Cámara de Comercio de Lima, si es que finalmente se pactara una cosa así, y podría ser un arbitraje de inversión.

Esta frase de Bruce Benson de alguna manera refleja la misma idea, y dice: «El derecho mercantil [y está hablando del derecho mercantil y no del derecho de inversiones] se transformó en un sistema jurídico universal a través del proceso de selección natural». Y comienza a explicar la *lex mercatoria*, que todos conocemos y sabemos que existe, pero, bueno, son estas costumbres y usos mercantiles internacionales que nacen de un proceso competitivo en el que la gente va incorporando a esos contratos ciertas reglas, y estas reglas se vuelven costumbres, y estas costumbres terminan funcionando.

Lo que ha ocurrido en los últimos años es que ha aparecido una crítica muy dura a este sistema que, en mi opinión, ha sido tremendamente exitoso, principalmente para generar el *accountability* del Estado —vamos a ver esto en un momento—; este sistema está ahora bajo cuestionamiento por distintas razones. Yo creo que dentro de ese cuestionamiento hay algunas razones de fondo que no se ponen abiertamente delante, pero que explican buena parte de esta crítica y de esta necesidad. O sea, dicen «tribunales privados, conformados por privados, que no tienen interés sobre la cosa pública, deciden sobre las garantías de inversión y sobre los actos soberanos de los Estados y las responsabilidades que se derivan de esos actos». Claro, podemos regresar a un sistema monopólico porque, básicamente, ¿el planteamiento cuál es?: «Creemos tribunales especiales, olvidémonos de estos tribunales arbitrales [me estoy yendo, por supuesto, a la posición extrema] y creemos tribunales internacionales parecidos a las cortes de derechos humanos, pero que vean temas de inversión». Entonces, esas cortes centrales van a tomar decisiones sobre los problemas de inversión para los países que, finalmente, están sometidos y, entonces, ¿qué va a ocurrir? Ya no tenemos árbitros, sino funcionarios parecidos a jueces que son nombrados por los propios Estados para integrar estas cortes y ellos van a decidir los problemas de inversión.

Entonces, es hacer algo equiparable a lo que llamaríamos un sistema monopólico judicial, un tribunal central y restringir o, por lo menos, tratar de limitar lo que puede ser el arbitraje. Esto pasaba de alguna manera en las colonias, las colonias tenían que someterse a un sistema único de comercio; sin embargo, hoy en día quienes están impulsando este sistema —y eso es lo paradójico— son los que de alguna manera inicialmente empujaron el arbitraje de inversión.

Claro, el arbitraje de inversión nace para generarle garantías a los países exportadores de inversión —básicamente, los países desarrollados—, para que tengan garantía cuando van a invertir en países que son importadores de inversión —básicamente países menos desarrolla-

dos—, y, claro, entonces se buscaban mecanismos de seguridad para estas inversiones, para que si, finalmente, el Estado no respetaba las reglas, se generaba ese problema. ¿Hoy qué ha pasado? Han comenzado a aparecer los arbitrajes en contra de los países exportadores de inversiones que, a su vez, también han recibido inversiones y, por ejemplo, la Unión Europea ha sido una de las que está liderando de alguna manera el concepto de cambiar la posibilidad de ir a arbitraje y regresar al sistema de tribunales unificados.

Y esto ha generado una reacción, mucha gente se ha rasgado las vestiduras respecto a los problemas que se generan con relación al arbitraje. El primer arbitraje de inversión en Ciadi fue en el año 1972, Holiday Inns contra Marruecos, y desde ahí hubo un crecimiento exponencial y se han resuelto muchísimos problemas vinculados precisamente a eso.

Hoy en la crítica al arbitraje de inversión hay varios elementos, pero me atrevería, por razones de tiempo, a mencionar los dos principales. El primero es que hay un *bias*, prejuicio o sesgo favorable al inversionista en el arbitraje de inversión; es decir, éste es un sistema pro inversión en contra de los Estados. Lo segundo es que no hay consistencia, porque como los árbitros son tribunales independientes, no hay un sistema que unifique la jurisprudencia, entonces, hay muchos criterios dispersos en el mundo respecto a cómo se debe tratar un caso de este tipo.

La razón por la que nace el arbitraje de inversión, sin embargo, tiene que ver con el *accountability* del Estado. Si el Estado maneja todas las normas y todos los sistemas de justicia a través de los cuales se deciden las controversias con el inversionista, el Estado es menos *accountable*, no tiene un sistema de rendición de cuentas. La creación de estos arbitrajes busca crear un sistema de *accountability* externo a los Estados y este sistema está sujeto principalmente a la voluntad, ¿la voluntad de quiénes? Bueno, si es un arbitraje contractual, a la voluntad de las partes que lo pactan o, en el caso de un tratado, los Estados pactan y el inversionista toma la decisión de invertir en un país y, en consecuencia, de alguna

manera el inversionista termina adhiriéndose a la cláusula arbitral o al convenio arbitral que está contenido en el tratado.

Comencemos con el *bias*. Lo que se dice es: «Los tribunales arbitrales, como son privados resolviendo la cosa pública, favorecen a los inversionistas y perjudican a los Estados»; ése es, básicamente, el argumento. La estadística contradice completamente esto, dicho sea de paso, no me parecería extraño que los inversionistas ganaran la mayoría de veces por una razón muy simple, usualmente el demandante en un arbitraje comercial gana más que el demandado, ¿por qué?, porque si yo tengo que decidir demandar a alguien, hago mi evaluación, veo a mi abogado y demando si tengo una posibilidad, una inversión y, de hecho, las estadísticas muestran eso.

Los arbitrajes comerciales, dependiendo del tipo que sean, están entre 60% y 70% de casos en los cuales gana el demandante. Entonces, uno podría decir: «Bueno, que haya un porcentaje de 70% que ganan los inversionistas no estaría tan mal. Si el inversionista decide demandar es porque ve una violación y el Estado, pues, posiblemente tendrá que perder porque, efectivamente, se dio una violación».

Pero, curiosamente, las cifras ni siquiera son esas. Si ustedes ven las cifras, éstas son cifras de distintos estudios realizados. En este estudio ustedes ven que el inversionista gana solamente el 39.6% de los casos y el Estado gana el 60.4% de los casos, y «ganar» está definido en términos bien abiertos, le pagaron cero o le pagaron más de cero, o sea, ustedes pueden encontrar ahí casos en los que el inversionista ganó un poquito, pero, en realidad, ha perdido. Pero, bueno, tomando como regla cero, el porcentaje es mayoritariamente favorable al Estado. El Estado de cada tres casos, gana dos.

Otro trabajo similar llega a la conclusión que en 102 casos de los 200 que estudiaron, ganó el Estado y en 87, ganó el inversionista. También ganó más el Estado en ese estudio.

Y en otro estudio lo que ustedes ven es que el Estado acá está incluido lo que se gana por jurisdicción, lo que se gana por razones de fondo y lo que se pierde por razones de fondo, pero si ustedes suman lo que gana el Estado, *claimant lost* en el fondo y *claimant lost* en la jurisdicción, es decir, que el tribunal se declaró incompetente, ustedes van a darse cuenta que estamos hablando del 57% frente al 43%. También esta estadística arroja un resultado similar. ¿Por qué la diferencia? Porque hay periodos de cambio distintos, utilizan otro sistema, utilizan otro tipo de casos, pero, en el fondo, la conclusión es que el *bias* es más un espejismo que una realidad.

En realidad, los Estados ganan más, lo que pasa es que cuando pierden muchas veces tienen que pagar mucho, porque el daño por una violación a una inversión puede ser muy grande, dependiendo del caso y, usualmente, en el arbitraje de inversión son casos grandes porque nadie lleva casos pequeños al arbitraje de inversión ya que es un arbitraje costoso y complejo.

Entonces, en realidad, el *bias* —por lo menos si uno ve los números— como tal no existe, es más un espejismo que se utiliza para plantear la crítica, pero las cifras que uno ve que están hechas seriamente arrojan algo distinto.

Lo segundo, y con esto termino. Las inconsistencias. Dicen: «Como son tribunales arbitrales, la cosa es distinta, porque un tribunal tiene un criterio y el otro tribunal tiene otro criterio», o sea, puede ser; sin embargo, yo creo que hay que tomar eso con cuidado. Cuando me preguntan sobre un arbitraje y un cliente pide que prediga un resultado, y luego me pregunta que prediga el resultado en el Poder Judicial, les soy sincero, me es más fácil en el arbitraje. ¿Por qué? Porque usualmente uno asimila o espera que en el arbitraje haya un conjunto de reglas, de prácticas, de usos que finalmente terminan siendo mucho más predecibles muchas veces que lo que son las reglas que establece un sistema central. La predictibilidad en general es buena, pero no necesariamente

tener una sola corte resolviendo algo significa que lo haga mejor, porque una sola corte con criterios equivocados será predecible, pero equivocada.

El arbitraje a través de la dinámica y la interacción entre distintos tribunales arbitrales, cuando uno va viendo la jurisprudencia, comienza a generar criterios y hace que las decisiones sean más flexibles, o sea, no necesariamente es algo no deseado que haya sistemas o, eventualmente, sistemas donde, digamos en pocas palabras, si hay un error éste se perpetúa en un sistema que solamente tiene un criterio para decidir los mismos casos. Y lo que generaría la existencia de un solo tribunal internacional o de unos pocos tribunales internacionales es privar a una de las partes en la controversia la posibilidad de designar a por lo menos uno de los árbitros, o, por lo menos, influir en el mecanismo de designación de uno de los árbitros.

Y para mí eso es un asunto sumamente importante. Si uno va a los orígenes del arbitraje de inversión, éste en parte se genera por la reticencia del inversionista a quedar sometido a las cortes locales y, básicamente, eso ocurre porque tiene temor de que las cortes locales puedan ser políticamente influenciadas o que tengan un sesgo pro Estado o pro país. Y, en consecuencia, cuando uno crea el sistema de arbitraje de inversión no es casual la confianza al inversionista de que al menos uno de los integrantes de ese tribunal arbitral podrá ser elegido en función a su conocimiento de la inversión, a su conocimiento de los criterios necesarios para arbitrar, como ocurre en todos los arbitrajes, y esto creo que es un efecto que debería tratar de evitarse. Creo mucho en la competencia, en la económica, y creo también en la competencia entre marcos legales, por lo que hay que aceptar que hay que competir.

Es muy curioso lo que muchas veces ocurre, pero básicamente creo que aquí hay una especie de idea similar a un cártel, es decir, si quiero comprar una línea telefónica debo tener varias opciones y las opciones me van a dar precios, calidades y condiciones diferentes. Si yo tengo

un cártel, es decir, si todos los proveedores de líneas telefónicas se van a poner de acuerdo en el precio, las condiciones y la calidad entonces no tengo competencia, voy a tener un solo producto para todo. Yo creo que a veces los Estados, de hecho pasa, se «cartelizan» para establecer un solo régimen legal aplicable a las controversias internacionales, porque no les gusta, y al «cartelizarse» lo que generan es menor competencia, y con eso generan menos dinámica y reducen las opciones de quienes podemos optar por el sistema de justicia de sistemas mejores. Afortunadamente, nuestro país es un buen ejemplo donde la apertura del ámbito arbitral ha generado muchas más opciones.

Finalmente, la cláusula arbitral fuera del ámbito del Estado, ahí hay un tema, pero la cláusula arbitral en arbitrajes comerciales es libre, la gente puede someterse al Poder Judicial o no, o irse a un sistema arbitral y la gente, creo que en el Perú primordialmente, ha escogido un sistema arbitral, precisamente por esa razón. Yo creo que hay que evitar que se dé un cartel en el sistema de justicia justamente manteniendo el sistema de inversiones. Yo no tengo problema en que se creen tribunales estatales, digamos, o supranacionales de origen estatal, siempre y cuando mantengamos abierta la libertad de los inversionistas y de los Estados de poder seguir pactando arbitraje y no quedar sometidos sólo a un régimen de este tipo. Muchísimas gracias.

Rolando Eyzaguirre Maccan: A continuación, siguiendo la hipótesis desvirtuada por Alfredo Bullard de este sesgo pro inversionistas, José Amado va a tratar la experiencia del Estado peruano ante el Ciadi, que es uno de los supuestos en los que ha habido un Estado con pronunciamientos favorables y, por lo tanto, un sesgo pro estatal.

José Daniel Amado Vargas: Muchísimas gracias a los organizadores. Una vez más, hago más las palabras de Alfredo Bullard, gracias por invitarnos y, además, por colocarme en un panel tan distinguido con gente a la que respeto y admiro tanto.

Voy a tratar un tema con más data local de cosas que conocemos, pero yo quisiera que tuvieran en la mente la problemática a la que se ha referido Alfredo, porque creo que el caso peruano revela que el arbitraje de inversión está aquí para quedarse, la manera en que ha funcionado en el Perú así lo demuestra.

Como se sabe, el tema de arreglos de las controversias entre Estados e inversionistas no es un tema nuevo, es un tema que lleva años en discusión, o sea, los primeros arbitrajes del tipo inversionista-Estado son de 1920, en la Corte Permanente de La Haya y, por tanto, no es nada nueva esta participación del inversionista en la posibilidad de reclamarle al Estado en una corte internacional, en este caso, en una corte arbitral. Lo que pasa es que el tema adquirió cada vez una mayor relevancia y esta relevancia tiene que ver, evidentemente, con los flujos de inversiones, con las estrategias de cada país para atraer inversiones y, además, con la creación de un sistema que finalmente fue universalmente aceptado, y digo universalmente aceptado porque vamos a ver las cifras.

En realidad, todos sabemos que la base del arbitraje es el consentimiento y se creó un sistema que iremos viendo donde el consentimiento, en primer lugar, se puede dar a través de tratados internacionales. Hay tratados bilaterales de inversión, todos estamos más o menos familiarizados con ese concepto, que da una forma particular de oferta que hace el Estado a los inversionistas para arbitrar los reclamos que pudieran tener. El impacto que eso tiene en la inversión no lo podemos medir, no lo conocemos, lo que es muy claro es que los que nos dedicamos a esto sabemos que los inversionistas que vienen a un país una de las primeras cosas que preguntan es «¿Cómo hago un reclamo?; ¿tengo posibilidades de ir a arbitraje?; ¿tengo posibilidades de ir a arbitraje de inversión?», etcétera. En muchos casos, los tratados de libre comercio tienen capítulos de inversión, como se sabe, y puede darse también el consentimiento para ir a arbitraje de inversión, inversionista-Estado, en contratos.

Ésa es una lista, por ejemplo, de los tratados bilaterales de inversión donde el Perú es parte, son treinta y tantos tratados bilaterales de inversión donde el Perú es parte y que explican en alguna medida el hecho de que el tema del arbitraje de inversión en el Perú sea bastante dinámico, mucho más en los últimos veinte años.

Se suele asimilar Ciadi con arbitraje de inversión. El Ciadi no es el único centro de arbitraje de inversión, como bien dijo Alfredo, pero, sin duda, es el más importante y lo es porque proviene de una convención internacional, a la cual nos referiremos un poco más adelante, que ha marcado la diferencia, y que está auspiciada por y adscrita al Banco Mundial y tiene, además, reglas para una ejecución de los laudos como contrato nacional, o sea, como si fueran resoluciones de última instancia del propio país involucrado.

El Ciadi —y esto es una prueba irrefutable de que el tema no va en el camino de un problema grave, como podría anunciar el título de este panel— cuenta hoy día con 162 miembros, eso es como siete miembros más que hace apenas 3 años; sigue subiendo el número de miembros. México, que por años no quería ingresar al sistema, se acaba de hacer miembro.

Brevemente, la parte legal. El artículo 25, ya sabemos, es Estado con inversionista, el sistema está pensado para que los inversionistas demanden a los Estados en casos relacionados o vinculados con inversiones.

Ahora vamos concretamente a los casos peruanos que de alguna manera nos ayudarán a ilustrar lo que acabo de decir de una forma bastante más práctica. El Perú tiene un sistema centralizado, un sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales, a ese sistema se le conoce como Sicreci. Yo creo que es una buena parte del éxito que ha tenido el Perú en su experiencia en arbitrajes de inversión, concretamente en el Ciadi, que es donde el Perú arbitra normalmente.

Esas son las funciones del Sicreci, en el fondo es un sistema de coordinación, un sistema que va a generar ciertas políticas a efectos de que el arbitraje, en lugar de que lo lleve cada agencia estatal, lo lleve un ente centralizado que será el que contrate los abogados, el que al comienzo haga el trato directo con el inversionista e intente evitar que se produzca en efecto el arbitraje e, incluso, ya estando en pleno arbitraje puede promover algún tipo de arreglo. La comisión especial está adscrita al MEF y tiene varios miembros, destacan Justicia, Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Turismo.

Los casos Ciadi en Perú son hasta la fecha 22, vamos a ver un poquito más de eso. Éstos son los casos concluidos, no voy a detenerme en eso porque no hay tiempo, pero, evidentemente, son casos que conocemos porque, además, y ésta es una cosa interesante del arbitraje de inversión, la prensa los sigue, hay mucho interés, como se trata de temas grandes, de inversiones grandes, la prensa se interesa. Son, entonces, quince casos que ya concluyeron, ahora vamos a ver los resultados de esos casos. Y hay siete casos en trámite, me refiero a ya registrados en el Ciadi. Ahora, aquí sí me detengo un momento para ver quiénes son, para ver de qué estamos hablando, de qué importancia de asuntos estamos hablando y un poco evidenciar que las mayores inversiones, esas que el país quiere captar, se benefician por el tema del Ciadi.

Entonces, el primer caso es Kuntur Wasi, es el caso de Chincheros. El segundo caso está pendiente, es el caso de Enagás, que es el Gasoducto del Sur peruano, la inversión más importante probablemente del Gobierno anterior a éste. Gramercy Funds es un caso vinculado a los bonos de reforma agraria, que se emitieron durante la época del gobierno militar y tiene, obviamente, sus propias realidades, su propia situación. Autopista del Norte es un caso que más bien tiene que ver con una de las varias concesiones que se han dado en la Carretera Panamericana Norte. Lidercón es el caso que tiene que ver con la compañía a la que la Municipalidad de Lima le dio la concesión para las revisiones técnicas. El Metro 2 de Lima es el caso que tiene que ver con la compañía que

está construyendo la línea 2 del metro. Y DP World es un caso que tiene que ver con el puerto del Callao, definitivamente es el más antiguo de todos éstos que está vigente.

Estamos hablando de casos realmente de inversiones de miles de millones de dólares, ¿no es cierto?, y de alguna manera eso da una idea de que no cualquier cosa va a arbitraje de inversión, por lo menos ésa no es la tendencia.

El Ciadi y el arbitraje de inversión dan un espacio limitado a los Estados en cuanto a lo que pueden efectivamente hacer. Esto, algunos consideramos, yo entre ellos, es parte de las razones por las cuales se critica al arbitraje de inversión y es un tema que tiene que cambiar, poco a poco tiene que cambiar, hay cosas que pueden cambiar y pueden cambiar poniendo las ideas frente a la opinión pública y no gritando y chillando como la niña de la foto que nos presentó Alfredo Bullard. Pero el Estado lo que puede hacer es demandar, pero sólo en arbitrajes bajo contrato; puede lograr la discontinuación del caso a través de un arreglo amistoso a través de una transacción; puede presentar defensas de jurisdicción u objeciones procesales, que es otra manera de terminar con el caso, intentando que no llegue a una absolución entera de fondo, porque se puede evidentemente poner esto en el menú de opciones; puede reconvenir el Estado y eso es interesante. De repente está un poco limitado en la convención, pero es un tema que existe y, obviamente, presentará su defensa de fondo en los casos que se le presenten.

El Perú en el Ciadi ha tenido 22 casos, como digo, tiene 7 en este momento que están vigentes, han concluido 15. Basados en tratados hay 15, basados en contratos hay 9. Eso revela una política del Estado peruano de tratar de someterse al Ciadi cuando es posible, que ha sido exitosa en cuanto a captación de inversiones, o sea, por lo menos, de la lista que acabo de mostrarles ésa parece ser la conclusión obvia. Hay un par de casos administrados que significa que no fueron originalmente

pactados para la convención Ciadi, sin embargo, el Estado decidió llevarlos al Ciadi en conjunto con el inversionista.

De repente este cuadro es lo más interesante, en todo caso, de los que voy a presentar. Esto es lo que le ha pasado al Perú en el Ciadi. Vamos a la derecha y quiero que vean que de los 15 casos que se han resuelto hasta este momento, solamente en 3 oportunidades ha ganado el inversionista, 3 de 15 casos. Yendo al revés que las manijas del reloj, hay 3 casos que se han arreglado, o sea, que se han discontinuado. Hay un caso donde Perú ha ganado una reconvencción. Hay 5 casos donde el Perú ha ganado en función de la defensa de jurisdicción u objeciones procesales. Y hay 7 casos pendientes, como dije. O sea, quienes dicen que en el arbitraje de inversión el Estado pierde a cada rato, bueno, en el caso peruano miren la realidad.

Vamos a los montos, además. Los montos demandados en el caso peruano han sido por encima de 50 000 millones de dólares. Ahora, aquí sí vale la pena decir que hay una demandante que presentó 2 casos que suman más de 40 000 millones de dólares y perdió, por supuesto, ganó el Estado peruano. Si le quitamos eso, hay como 10 000 millones de dólares que se han demandado hasta ahora. De ese dinero, Perú sólo perdió tres veces, como dije, y éstos son los montos que recibió el inversionista: en Bear Creek recibió 18,3 millones de dólares, recibirá porque está en pleno proceso de cobranza; en Tza Yap Shum recibió 1,1 millón de dólares y en Duke Energy recibió 31 millones de dólares. Ésos son los casos en los que Perú perdió.

Los montos adjudicados a Perú por reconvencción son por encima de 60 millones de dólares y los costos que ha asumido Perú para defender estos 50 000 millones de dólares en reclamos no pasan de 50 millones de dólares. Claro, parecen cifras enormes, ¿no es cierto?, pero valgan verdades, si uno hace un análisis claro de lo que está pasando, le cuesta barato a Perú salir adelante y resolver estas situaciones y el Ciadi

sigue siendo una buena herramienta para traer inversiones para Perú, donde el riesgo es relativamente bajo.

Hay casos que podría presentar, pero ya no tengo tiempo. Pensaba presentarles un par de casos, uno donde Perú discontinuó el asunto y llegó a un arreglo de una demanda que tenía por 535 millones de dólares. Otro caso que les iba a presentar, era un caso donde Perú pierde 18,3 millones de dólares, pero la demanda era por 300 millones. El otro caso que iba a presentar también, es el caso de Camisea, donde el demandante pierde y el Estado peruano gana 60 millones de dólares en la reconversión.

Entonces, cerrando un poco el tema y agradeciéndoles por la paciencia, quiero decirles que el sistema peruano definitivamente demuestra que un Estado bien organizado y que tiene reglas claras en materia de cómo va a defenderse en sus arbitrajes de inversión tiene muy buenas probabilidades de éxito; que el Ciadi y las reglas del arbitraje de inversión atraen la inversión privada internacional y que lo que estamos viendo ahora, incluso, con los casos pendientes es que el Estado peruano ha generado reglas de juego que dan seguridad jurídica, que permiten que el arbitraje esté disponible para el inversionista cuando así lo requiera, sin que esto represente un riesgo enorme, como a veces la prensa intenta aparentar en situaciones que todos conocemos. Muchas gracias.

Rolando Eyzaguirre Maccan: Gracias. A continuación, Eloy Anzola se va a ocupar de una experiencia diferente, un Estado que ha enfrentado pronunciamientos desfavorables y, sobre todo, donde se plasma cómo se ejerce la responsabilidad internacional de un Estado frente a los inversores, cuando quiere incumplir estos tratados.

Eloy Anzola Etchevers: Muchas gracias, Silvia; muchas gracias, José Carlos, por la invitación a este evento, siempre es un grandísimo gusto venir al Perú; muchas gracias, Rolando, y a mis compañeros del panel por estar conmigo esta noche. Es un lujo estar con ustedes.

Cuando Dios creó el mundo, ustedes saben que la Biblia nos ha contado la historia, pero nos ha contado los grandes rasgos y hay una serie de pequeños detalles de la creación del mundo que la Biblia no cuenta. Acuérdense que la Biblia dice que el mundo fue creado en siete días y que Dios en el séptimo día descansó, pero cuando estaba por el cuarto o quinto día se le ocurrió que tenía que crear lo que es el subcontinente, es decir, América del Sur. Todos sabemos que América del Sur es un triángulo invertido y, además, construyendo América del Sur en vez de comenzar del norte hacia el sur, comenzó del sur hacia el norte, entonces, fue creando lo que hoy en día es Argentina, la dotó de unos campos maravillosos, de unos lagos maravillosos, de unas montañas preciosas, de una tierra sumamente fértil e hizo un país maravilloso que es Argentina.

Lo mismo hizo del otro lado de la Cordillera de los Andes, creó Chile, que tiene el problema muy grave, como ustedes saben, de que en Chile los campos de fútbol no caben de este a oeste, tienen que ser de norte a sur, porque es un país muy estrecho. Después creo al Perú y lo dotó de selva amazónica, de ríos, de montañas y le dio, además, una enorme riqueza minera y, además, lo dotó de una población que, con el tiempo, se convertiría en una de las civilizaciones más extraordinarias de la humanidad, ¿verdad? Y así fue, Colombia, Brasil, bueno, Brasil, un monstruo enorme, grandísimo, con todo y en una época con muy buenos equipos de fútbol, ya no son tan buenos, los argentinos los superaron en un momento determinado, aunque han decaído; pero, bueno, el fútbol es otra historia.

El hecho es que llega al norte de América del Sur y se encuentra con un territorio y dice «Bueno, ¿a éste qué le voy a dar? Déjame ser muy generoso, porque la verdad es que a los demás le di mucho, pero a éste le voy a dar primero unos ríos enormes, un Río Orinoco que lo va a atravesar de este a oeste; le voy a dar un Río Caroní que va a ser capaz de producir fuerza eléctrica de una manera extraordinaria, lo voy a dotar de campos y llanos donde podrá haber cría de ganado y engorde de ganado

de manera extraordinaria; le voy a dar montañas también, incluso, una montaña que va a tener cinco mil metros y le voy a poner un poquito de nieve allá arriba para que se vea más bonita; y, además, le voy a dar algo que al comienzo del mundo no va a ser más que un estorbo, pero que con el paso del tiempo, se va a convertir en una gran riqueza, voy a crear un lago, el Lago de Maracaibo. Y ahí voy a meter cantidad de petróleo, que va a ser una molestia tremenda para los primeros pobladores, le va a servir en algo a los españoles colonizadores y conquistadores, porque con eso van a poder calafatear los barcos de madera que usan, pero verán con el paso del tiempo que eso es una gran riqueza. Y, además, arriba del Orinoco, le voy a dar una faja de un petróleo muy pesado, muy grueso, de 8 grados API, pero que también se convertirá en una gran riqueza».

Bueno y entonces, estaba alguien viendo aquello y le dice «Pero, Dios y ¿por qué a Venezuela le vas a dar eso?». «Bueno, porque voy a llenarla de venezolanos y los venezolanos van a acabar con todo eso o va a ser muy difícil», «Ah, está bien». Pero yo los voy a ayudar, la historia es muy larga, por supuesto, porque la historia de la humanidad es bastante larga y en el siglo XIX, Dios se descuida un poco de Venezuela, se tiene que ocupar de otras cosas, de otros países, de otros temas y Venezuela cae en un desorden espantoso de guerras civiles, de sucesión de gobiernos, de expropiaciones de empresas, de destrucción de bienes por las guerras civiles y comienza a acumularse una serie de reglamos contra Venezuela de distintos países inversionistas europeos.

Y Venezuela hace otra cosa; resuelve que construir una línea férrea, una línea de ferrocarriles que vayan desde el puerto de La Guaira hasta la ciudad de Caracas, que tienen una diferencia de 1000 metros de altura y de la ciudad de Caracas hacia el oeste del país. Para eso contrata un préstamo con un banco alemán que se llama el Disconto-Gesellschaft.

Pero ¿qué hace Venezuela que está muy descuidada en el siglo XIX? No paga y no les paga nada de los bienes que les ha destruido a los extranjeros o que les ha quitado; y, entonces, ¿qué ocurre? Bueno, que los

europesos se molestan, «Mire, Venezuela, ¿qué está pasando? ¿Usted no me va a pagar?», «¿Pagar? No, *no money*. Hemos destruido todo, *no money*». No sé cómo se dice «*No money*» en alemán, debería saberlo porque estoy casado con una alemana, pero los alemanes son gente seria y no se conforman con esa historia de que no les van a pagar y no se les ocurre nada mejor que mandar unos barcos, ¿verdad? Para bloquear los puertos de Venezuela y bombardear el puerto de Puerto Cabello y el puerto de Maracaibo. Tremendo problema.

Por supuesto, Venezuela se asusta, en ese momento los Estados Unidos no era esa gran potencia espantosa, sino que Venezuela recurre a los Estados Unidos en ayuda y se firman en Washington con el patrocinio de los Estados Unidos, unos acuerdos que hacen que Venezuela vaya a sus primeros arbitrajes de inversión. Los reclamos son por cantidades grandísimas, hay más de 1000 reclamaciones que van a arbitraje, dense cuenta, ahí hay, por supuesto, alemanes, italianos, ingleses, franceses, españoles, no sé si peruanos, la verdad, no los vi en la lista. La verdad es que Venezuela consigue pagar más o menos el 20% del monto reclamado. Ésa es la primera experiencia venezolana.

Entonces, ellos dicen «Bueno, mira, vamos a tratar de que esto no siga así que durante el siglo xx, este desorden venezolano yo lo voy a cuidar un poco». En el siglo xx, si ustedes ven los datos de Venezuela, para no hacer la historia muy larga, Venezuela progresa y, por supuesto, como progresamos nos hacemos muy arrogantes, tan arrogantes que vamos al mundo y vamos a Miami a comprar cosas y cuando nos venden algo decimos «Ah, está barato, dame dos», ésa es la frase que usábamos los venezolanos en los años setenta. Pero cuando llega el final del siglo xx, Dios dice «Mira, hay que dejar a los venezolanos otra vez que resuelvan sus propios problemas. Que se ocupen ellos mismos y que tomen ellos la iniciativa» y en 1998 va a haber una elección presidencial. En consecuencia, que ellos escojan el gobernante que quieren para el comienzo del siglo xxi.

¿Qué hacen los venezolanos en 1998? ¿A quién eligen presidente? Nada menos y nada más que a Hugo Chávez Frías, ustedes han oído hablar de él, ¿verdad? Porque es un personaje que trascendió las fronteras de Venezuela, que le habló al mundo, que se convirtió en una suerte de líder continental, que le regalamos dinero porque los precios del petróleo subieron —ya les voy a decir, además, qué otra cosa pasó—, le regalamos dinero. ¿Ustedes saben que Venezuela financió una escuela de samba para el Carnaval de Río de Janeiro por dos millones de dólares? ¿Sabían eso? Hicimos cosas mejores, le regalamos un hospital a Montevideo, ¿ok?

Hay un hospital en Montevideo que construyó el gobierno de Venezuela. Le regalamos petróleo a todas las islas del Caribe a precios muy reducidos, incluso, se nos ocurrió una cosa mejor, regalarle petróleo a una comunidad en el estado de Massachusetts porque a Hugo Chávez le pareció muy bueno, porque en Massachusetts están los «Medias Rojas» de Boston, que es un equipo de béisbol muy bueno; y le pareció muy bueno a una parte de la población regalarle el petróleo que producía una empresa venezolana que se llama Citgo, que todavía existe, pero ya les voy a contar de la pobre Citgo.

Y ese desorden venezolano terminó en una política sensacional de expropiaciones de cuánta cosa privada hubiese en Venezuela y que a Hugo Chávez le gustaba. Yo no sé si ustedes llegaron a ver un video donde Hugo Chávez pasa por la Plaza Bolívar de Caracas y ve un edificio y pregunta «Bueno, y este edificio ¿de quién es?». «Bueno, ahí hay unas joyerías, es un edificio donde se reúnen todos...». «Exprópiese», y está grabado.

Y así se expropiaron varias cosas, y así se expropiaron varias empresas, y, por supuesto, ¿dónde se expropió más?, en las empresas petroleras que se habían instalado en Venezuela en los años de 1990, empresas petroleras que se habían asociado con Petróleos de Venezuela para aumentar la producción petrolera en un plan, por cierto, muy bien diseñado

por un grupo inteligente venezolano y extranjero, tanto así que de 1990 a 1998, la producción petrolera pasó de 1 800 000 barriles a 3 300 000 barriles.

El resultado de esa política de expropiaciones nos lleva a la conclusión ahora de que en lugar de estar produciendo esos 3 300 000 barriles, Venezuela está produciendo 1 100 000 barriles. ¿Cómo se hizo esto? Expropiando esas empresas petroleras; y ¿qué pasó con esas empresas petroleras? Esas empresas petroleras demandaron a Venezuela ante el Ciadi porque no ha habido Gobierno más irresponsable y más imprevisible que el gobierno venezolano. Y no se olviden que Hugo Chávez dura hasta 2013, cuando fallece, Dios se lo llevó y lo sustituye uno mucho mejor que se llama Nicolás Maduro, quien no sólo ha continuado las políticas de Hugo Chávez, sino que las ha profundizado, al extremo de que ahora los venezolanos en vez de vivir en su país, ahora caminan por las carreteras de América Latina dirigiéndose a ciudades colombianas, a ciudades ecuatorianas, a ciudades peruanas, a ciudades chilenas y a ciudades argentinas. Estamos repartiéndonos por todo el continente sudamericano. Perú está viviendo ese problema y, por supuesto, ¿qué ocurre? Que la inmigración de dos a tres millones de personas o de cuatro millones de personas, las cifras varían de acuerdo a quién las estime; está convirtiéndose en una tragedia humanitaria que, además, se convierte en un enorme problema para ustedes que están recibiendo a la población venezolana. Es dramático.

Pero vayamos al arbitraje de inversión, que señala, digamos, que una política tan irresponsable de expropiaciones conduce a un desastre financiero. Cuando yo veo estas cifras de Perú y la forma en que Perú maneja las inversiones extranjeras que vienen a su país, bueno, eso es un país serio, un país responsable. Aquí ha habido muchos problemas también, pero por lo menos en esto ha habido una seriedad extraordinaria, como también ha habido una seriedad en el manejo macroeconómico del país. A mí me impresiona que vengo al Perú desde hace casi veinte

años y está a tres soles por dólar, no deja de ser impresionante, eso es por una disciplina fiscal extraordinaria.

Lo que quiero decirles es que Venezuela, de los 49 procesos que se pueden contar en el Ciadi ha perdido casi todos, algunos han logrado anularlos. Uno muy importante es el de la Exxon Mobil, la condena fue por 1,4 mil millones de dólares, lo logró anular. Pero las condenas totales están por el orden de cinco a seis mil millones de dólares más intereses, que Venezuela no está pagando absolutamente nada y en las últimas semanas habrán visto en la prensa dos casos muy ilustrativos, uno es Crystallex.

Crystallex es una empresa minera canadiense que fue expropiada en esa locura de expropiaciones. Venezuela ha sido condenada a pagar 1,2 mil millones de dólares. Por supuesto, no los está pagando y en los tribunales americanos Crystallex ha ejercido acciones de ejecución contra Venezuela y ha hecho algo que es bastante extraordinario, no solamente ha demandado a Venezuela, sino que también ha demandado a Petróleos de Venezuela como *alter ego* de Venezuela, y la razón es que en vez de manejar Petróleos de Venezuela como una empresa separada del Gobierno, el Gobierno venezolano la ha manejado como su caja chica, es decir, Crystallex ha logrado demostrar que Petróleos de Venezuela no funciona como una sociedad aparte, como una sociedad independiente, como una sociedad comercial, sino como un brazo del Gobierno y, en consecuencia, forma parte del Gobierno de Venezuela y sus activos, en consecuencia, están expuestos a ser embargados por quien tiene en realidad un laudo favorable contra Venezuela. Eso no es la primera vez que ocurre, en Francia se ha dado y en Estados Unidos también se ha dado, pero es bastante extraordinario, no es una cosa común.

Lo otro que también está ocurriendo, que ha ocurrido en estos últimos meses, es que la Conoco Phillips, una compañía de las petroleras que fue expropiada, inició dos arbitrajes, uno contractual ante la CCI... Bueno, concluyo. Lo que les quiero decir es que la irresponsabilidad

del manejo de las inversiones extranjeras y la irresponsabilidad de Venezuela en este asunto nos lleva a unas condenas multimillonarias que, por supuesto, no podemos pagar. Acaban de hacer un acuerdo con la Conoco, no les voy a contar los detalles, pero la Conoco que fue una de las expropiadas, fue condenada Venezuela a pagarle en un arbitraje comercial, en realidad, no es uno de inversiones, 2000 millones de dólares. Por supuesto, Venezuela no los ha podido pagar. ¿Qué hizo la Conoco? Empezó a embargar cuanta cosa encontraba en El Caribe. Venezuela se asustó porque en El Caribe hay unos centros, no son bienes de mucho valor, pero son centros de distribución que le impiden la comercialización de su petróleo, y acaba de firmar un acuerdo según el cual va a pagar esos 2000 millones en cinco años, debiendo pagar 500 millones en los próximos noventa días, que no sabemos de dónde los va a sacar Venezuela, porque, simplemente, no los tiene.

No puedo terminar sin decirles que, por favor, tengan misericordia con los venezolanos que están invadiendo su país. Sé que es un problema para ustedes, pero es un problema humanitario enorme. En Venezuela, de verdad, créanme, no hay medicina, no hay comida, no hay trabajo, no hay escuela, el problema es dramático. Lo tenemos que resolver nosotros, pero, por lo menos, a los que están llegando aquí, les pido que tengan misericordia con ellos. Gracias.

Rolando Eyzaguirre Maccan: Finalmente, Álvaro Galindo se va a ocupar de presentarnos el proceso de reforma en el arbitraje de inversiones.

Álvaro Galindo Cardona: Buenas noches. Muchas gracias por la invitación a la Pontificia Universidad Católica del Perú, a sus directivos, al Centro de Solución de Conflictos, a la doctora Silvia, a José Carlos, al resto del equipo y a ustedes, por seguir aguantando hasta estas largas horas de la noche. Esto parece un ejercicio de masoquismo y el mío, de sadismo, así que trataré de ser lo más concreto posible. No espero

ser tan ameno, profundo y entretenido como don Eloy, pero al menos trataré de ser lo más concreto posible.

El tema que me han pedido desarrollar tiene que ver con posibles mecanismos de solución de diferencias en materia de inversión y lo que les espero relatar en breves minutos es un sistema de solución de diferencias inversionista-Estado como lo conocemos hoy, posibles mecanismos de solución de diferencias en materia de inversión diferentes a lo que conocemos hoy, para referirme puntualmente a una tendencia importante que se está dando, que es fomentar la mediación en el sistema inversionista-Estado de solución de controversias.

El sistema, tal y como lo conocemos hoy —creo que se ha hablado bastante de ello—, es una evolución de lo que ustedes escucharon de manera muy acertada de lo que se conoce en el derecho internacional público como la protección diplomática, a lo que tenemos el día de hoy, que es un sistema de solución de diferencias en donde los inversionistas tienen el derecho a llamar a un Estado soberano ante un tribunal internacional para someter a ese Estado a la justicia de un tribunal internacional, para que sea juzgado y condenado por la violación de estándares de protección bajo tratados internacionales en materia de inversión.

¿Qué ha generado ese sistema tal y como lo conocemos hoy? Algo que también han escuchado ustedes, que es la reacción de los Estados, una reacción defensiva ante un sistema de protección a la inversión extranjera. Esa reacción defensiva de los Estados la vemos manifestada de diferentes maneras. Ustedes lo han escuchado también, reacciones como las que han tenido Estados cercanos vecinos como el Ecuador, como Venezuela, como Bolivia, tres Estados que denunciaron el convenio Ciadi —es el concepto que se utiliza bajo el derecho internacional, la denuncia, que es el retiro de los Estados de ese convenio—, son los únicos tres Estados que son partes contratantes del convenio Ciadi que se han retirado hasta el día de hoy.

Y otros efectos que no solamente provienen de esta región y de Estados que podría pensarse son «*banana republics*», que ante un caso de una condena se retiran del sistema, sino de países como los que conforman la Unión Europea, en donde a través de diferentes medidas, principalmente lideradas por la Comisión Europea, que es el brazo ejecutivo de la unión, intentan reescribir las normas en materia de protección del derecho de las inversiones. Entre otras medidas, por ejemplo, un reciente fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Achmea contra Eslovaquia, en donde, básicamente, lo que concluye ese tribunal en ese caso es que las disposiciones de solución de controversias de los tratados en materia de inversión intraeuropeos son inconsistentes con las normas del derecho comunitario y, por lo tanto, hay una especie de mandato del Tribunal Europeo para que los Estados que forman parte de esa unión se retiren de los tratados bilaterales de inversión intraeuropeos, por ser inconsistentes con el derecho comunitario.

¿Qué sucede? ¿A dónde nos lleva todo esto? Nos lleva a repensar el sistema y a pensar en nuevas posibles soluciones a las controversias en materia de inversión, y esto es algo que se está intentando de diferentes maneras. Uno, a través de los propios tratados que se está firmando el día de hoy para la protección de la inversión extranjera llamados TBI o acuerdos internacionales de inversión, o tratados de libre comercio, que tienen capítulos de inversión, como es el caso del Perú, por supuesto, en una gran gama de tratados, y en esos tratados se prevén disposiciones de solución de controversias en donde los inversionistas tienen la opción, por supuesto, de someter su reclamo ante las cortes locales o ante un tribunal de arbitraje.

Sin embargo, antes de optar por esas opciones se prevén mecanismos de solución, diría yo, más amistosa, denominados, por ejemplo, periodos de consulta o periodos de enfriamiento del conflicto, en donde a través del diálogo directo entre las partes, el inversionista y el Estado, que puede durar tres meses o seis meses, dependiendo de cómo esté redactada la disposición del tratado, se intenta solucionar de manera

pacífica la controversia. Y lo que está sucediendo ahora en los nuevos tratados es que ya no es solamente un periodo de consultas, que puede pensarse de alguna manera informal, sino también a través de mecanismos más formalizados, con la participación de terceros neutrales llamados mediadores o conciliadores y que nacen de la redacción de estos propios tratados.

Entonces, paso al punto al final de mi intervención que es la mediación inversionista-Estado. Están estas nuevas propuestas, lo que ha llevado a centros internacionales de inversión como el Centro de Solución de Diferencias entre Inversionistas y Estados, el Ciadi, del que tanto se ha hablado hoy; ese centro está estudiando una reforma a su reglamento, a sus reglas en materia de arbitraje, en materia de conciliación —no una reforma al convenio, y esto es importante diferenciarlo porque reformar el convenio es, prácticamente, imposible ya que se necesita la ratificación de todos los Estados parte de ese convenio, a diferencia de las reglas, que tienen un proceso más flexible para su reforma—, y en esa iniciativa se está fomentando la reforma de las normas en materia de mediación y, de hecho, la creación, aparte de las reglas que ya existen de conciliación, de un mecanismo de mediación que sería administrado por esa institución de derecho internacional público.

También se está discutiendo la creación de una corte internacional de inversión, a la que se refirieron también algunos de los expositores en donde, probablemente, se discuta en algún momento si esa corte internacional de inversión podría también tener facilidades en materia de mediación, de hecho, la mayoría de instrumentos internacionales que se está negociando el día de hoy incluyen estos mecanismos llamados CETA, que es el Acuerdo Integral de Comercio y Economía entre Canadá y la Unión Europea, que tiene mecanismos específicos de mediación inversionista-Estado; el TTIP, que es el Tratado Transatlántico de los Estados Unidos y la Unión Europea, que está prácticamente muerto desde que llegó el presidente Trump a la administración de los Estados Unidos, pero que también prevé mecanismos de mediación; y, el TPP,

el Trans-Pacific Partnership, del cual entiendo Perú es parte y que los Estados Unidos anunció que no va a ratificar, que también es un instrumento que tiene mecanismos de mediación formales para la solución de controversias inversionista-Estado.

Hay reglas también en otras instituciones, como la Cámara de Comercio Internacional de París que tiene un reglamento de mediación expedido en el año 2014; las reglas o directrices de la IBA, de la Barra Internacional de Abogados, del año 2012, con reglas específicas en materia de mediación, que son directrices, es lo que llaman algunos comentaristas el *soft law*; y también en la Carta de la Energía, la Secretaría de la Carta de la Energía, que es un tratado europeo en materia de energía, también está discutiendo la creación de unas directrices específicas en materia de mediación inversionista-Estado.

¿Cuáles son los principios básicos que se pretende tenga este sistema? Independencia y neutralidad, tema que se ha criticado mucho del sistema arbitral de solución de diferencias inversionista-Estado, en donde los Estados en que se sientan en algunos casos como árbitros a decidir una controversia y, en otros casos, esos mismos árbitros están sentados como abogados; en donde tienen que solucionar casos bajo su jurisdicción; en donde, probablemente, tienen un interés particular en otro caso, actuando como abogados; las credenciales que deben tener esos terceros como mediadores, en cuanto a sus capacidades para ser mediadores y, un punto fundamental, es la capacidad de garantizar la ejecución forzosa de los acuerdos de mediación, en el evento de que no se cumpla voluntariamente con esos acuerdos.

Éste es un elemento fundamental del arbitraje, tenemos la Convención de Nueva York para la ejecución de laudos extranjeros, en el mundo de la mediación no existe hasta el momento una convención de esa naturaleza; sin embargo, acaba de ser negociada bajo el auspicio de las Naciones Unidas, de la CNUDMI, la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, una convención para

la ejecución de acuerdos transaccionales producto de una mediación, lo que va a ser un impulso muy importante para la materia a la que me he referido el día de hoy, que es la mediación inversionista-Estado. Y, procedimientos expeditos y efectivos, porque uno de los grandes problemas del arbitraje internacional de inversión es el de los costos que tiene el procedimiento, en donde por cuantías mínimas muchas veces los honorarios de los abogados van por decenas de millones de dólares, lo cual genera un problema muy grave en cuanto a la legitimidad del sistema. Con eso concluyo y les agradezco por su atención.

Rolando Eyzaguirre Maccan: Hemos concluido esta mesa y vamos a cambiarle de nombre, no es la crónica de una muerte anunciada, sino la crónica de una supervivencia y una reforma del arbitraje de inversiones.

Como señaló Alfredo Bullard, claramente, hay percepciones negativas, pero los datos duros indican que no hay razón para objetar este mecanismo como un mecanismo que en los casos de éxito como en el caso de Perú, que ha sido responsablemente un Estado que puede obtener pronunciamientos favorables en el marco de un proceso arbitral y, por el contrario, en los casos de los Estados que cometen irresponsabilidades, los inversionistas tienen, pues, la posibilidad de exigir esa responsabilidad. Y, finalmente, se ha trazado, como dijo Álvaro, hay oportunidad de mejora en el arbitraje internacional, hay mecanismos para superar estas justificadas críticas.

Con esto concluye la mesa de hoy, no sin antes agradecer a los ponentes. Muchas gracias.

MESA 7: LECCIONES APRENDIDAS EN EL ARBITRAJE CON EL ESTADO

Mario Castillo Freyre¹ (moderador)

Elvira Martínez Coco²

Ricardo Gandolfo Cortés³

Enrique Ferrando Gamarra⁴

Mario Castillo Freyre: Muchísimas gracias por la presentación y a ustedes, amigos, por estar desde tan temprano en el congreso. Este bloque es la mesa 7 y versa sobre las «Lecciones aprendidas en el arbitraje con el

¹ Magíster y doctor en derecho, 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 y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su estudio. www.castillofreyre.com.

² Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, socia del Estudio Elvira Martínez Coco y Abogados, docente de derecho civil en las universidades más importantes del Perú. Máster en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú y *coach* de los equipos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas en competencias de *moot* de arbitraje.

³ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. En 1996 fue contratado para elaborar el proyecto de la primera Ley de Contrataciones con el Estado. Ha realizado estudios e investigaciones para organismos nacionales e internacionales. Es director de la Asociación Peruana de Consultoría y Gerente Legal de Cesel S. A. Conferencista, consultor, catedrático y árbitro inscrito en diversas instituciones arbitrales.

⁴ Socio principal del Estudio Osterling, donde ha desarrollado toda su carrera profesional, dirige las áreas de Seguros y Reaseguros, Solución de Controversias y Derecho Corporativo de la firma. Además, cuenta con treinta años de experiencia ejerciendo como abogado y árbitro en litigios judiciales y arbitrales, celebrados tanto en el Perú como en el exterior.

Estado». Me acompañan los distinguidos profesores que han sido presentados y los temas que van a tratarse son: «Las causas estructurales de los reiterados arbitrajes por ampliaciones de plazo y gastos generales», donde va a intervenir el doctor Ricardo Gandolfo Cortés; «Analizando la idoneidad de las cláusulas arbitrales del Estado», que será abordado por la doctora Elvira Martínez Coco; y «Análisis de la arbitrabilidad de las cláusulas generales de contratación», tema que será abordado por el doctor Enrique Ferrando Gamarra.

La mecánica va a ser que cada uno va a intervenir en una primera ronda y, luego, se producirá un intercambio de ideas sobre los temas tratados.

Entonces, en el orden en que se han planteado los temas, cedemos el uso de la palabra al doctor Ricardo Gandolfo Cortés.

Ricardo Gandolfo Cortés: Muchas gracias. Quisiera que mis primeras palabras sean de agradecimiento y felicitación al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por tener la iniciativa de persistir en este evento, en este congreso, que año a año reúne a los especialistas en diversas materias arbitrales. Felicitarlo por eso y agradecerles por la gentileza de haberme invitado reiteradamente a estos eventos.

El tema propuesto es el de las ampliaciones de plazo y los gastos generales como temas arbitrales en materia de contratación pública. Para eso hay que destacar primero que en el momento actual, hay dos preocupaciones fundamentales que captan la atención de las autoridades. Una es la creencia de que el Estado pierde la mayoría de arbitrajes; y, en segundo lugar, que hay un número excesivamente elevado de arbitrajes.

Lo primero no es verdad, lo segundo sí. Lo primero no es verdad porque no es verdad que el Estado pierde la mayor cantidad de arbitrajes. Estudios serios elaborados justamente por el Centro de Arbitraje de

la Universidad Católica, a través del doctor Rigoberto Zúñiga, bajo la dirección del doctor César Guzmán-Barrón; y, otros estudios elaborados, por ejemplo, por la Contraloría General de la República, coinciden en señalar que al Estado se le ordena pagar el 43% de los montos que se le demandan, lo que no quiere decir que pierde en la mayoría de los casos, todo lo contrario, quiere decir que le ordenan pagar más de lo que no le ordenan pagar de lo que se le demanda. Lo que las estadísticas todavía no revelan es cuánto es lo que realmente paga, porque ésa es otra historia y otro drama, cobrarle al Estado. Pero, en todo caso, eso no es verdad, que el Estado pierde la mayor cantidad de procesos.

La otra aseveración es que hay un excesivo número de arbitrajes y eso es verdad. Entre otras cosas, lo que se está tratando de hacer en estos días es elaborar un proyecto de decreto legislativo que tiene que salir a más tardar el día lunes, modificando la Ley de Contrataciones del Estado, entre otras cosas, para tratar de reducir el número de arbitrajes. Sin embargo, me temo que las iniciativas para tratar de lograr eso no son las más afortunadas, yo creo modestamente que el asunto es muy simple. Para reducir el número de arbitrajes lo primero que hay que hacer es sincerar las cosas y que no vaya a arbitraje lo que no debe ir a arbitraje. Hay cuestiones declarativas, por ejemplo, de ampliación de plazo, que es lo que estamos tratando. Yo tengo derecho a una ampliación de plazo, la entidad está de acuerdo, se da cuenta que tengo derecho a la ampliación de plazo, pero no me la da y prefiere que me la conceda un tribunal arbitral. Ahí se pierde tiempo y se encarece la reclamación.

Una de las últimas modificaciones de la Ley de Contrataciones del Estado ha modificado la tónica y premia al funcionario público que reduce las reclamaciones, que reduce los conflictos y, cuando sabe que no tiene mayor posibilidad de ganar, evita ir al Poder Judicial, un recurso de anulación, dilatar y encarecer excesivamente el arbitraje.

Pero, en fin, en temas de ampliaciones de plazo, que es lo que nos convoca, estos estudios de la Universidad Católica y de la Contraloría

General de la República revelan cosas interesantes. Por ejemplo, el estudio de la Universidad Católica nos dice que el 10% de las reclamaciones tienen que ver con ampliaciones de plazo; el estudio de la Contraloría General de la República, que cubre casi similar periodo, nos dice que el 12% de los casos tienen que ver con ampliaciones de plazo, con un detalle adicional, que si se trata de obras públicas, el porcentaje sube al 20%, lo que quiere decir que en obras públicas de cada 5 arbitrajes, 1 es de ampliaciones de plazo. ¿Por qué surge el problema de la ampliación de plazo?; ¿cuándo tengo derecho yo, contratista, proveedor del Estado, a una ampliación de plazo? Tengo derecho cuando se producen atrasos o paralizaciones en la ejecución de la obra no atribuibles a mí, que soy el contratista.

Por ejemplo, me dicen: «Vamos a construir un edificio», como este auditorio que nos acoge esta tarde. «Tiene cien días para construir este auditorio». Perfecto. Pero la Universidad Católica tiene que darme el terreno para yo empezar a construir el auditorio. Resulta que la Universidad Católica se demora veinte días en entregarme el terreno; entonces, yo con justa razón les digo: «Señores Universidad Católica, tengo derecho a veinte días más de ampliación de plazo» y la universidad tiene que darme ese mayor plazo. No sucede lo mismo cuando vuelvo a incurrir en un atraso de idéntico plazo, vamos a ponerle veinte días, pero no por culpa de la universidad. La universidad me da el terreno, me da todas las facilidades, pero yo no pongo al ingeniero, dejo que el ingeniero se vaya, no pongo a todos los profesionales, no pongo a todos los obreros, no pongo todas las máquinas, en fin, culpa atribuible a mí. Me voy a quedar veinte días más porque no voy a poder hacer magia y terminar el local antes de tiempo, pero eso ya corre por mi cuenta, ya no tengo derecho a una ampliación de plazo, me quedaré, pero no tengo derecho a ninguna ampliación de plazo.

Cuando decimos: «No tienes derecho a ninguna ampliación de plazo». ¿Qué es? Porque la ampliación de plazo viene aparejada de tres elementos fundamentales, que son los elementos que constituyen el

presupuesto de toda prestación. La prestación está dividida en costos directos, costos indirectos y utilidad. Entonces, cuando hay una ampliación de plazo, en el mismo ejemplo, de 100 días pasas a 120, es como si tu contrato siempre hubiese sido de 120 días, se estiró, ya es de 120 días, considerando que tu causal es justa, entonces, se convierte en un contrato de 120 días. Los problemas vienen y estas causas estructurales de los problemas que surgen en los arbitrajes, cuando no te quieren reconocer algunos de sus componentes, por ejemplo, no te quieren reconocer el costo directo, no te quieren reconocer el costo indirecto o no te quieren reconocer la utilidad.

¿Qué cosa es el costo directo? El costo directo es lo que te cuesta producir el bien, producir la obra, lo que fuese. El costo indirecto también es conocido como gasto general, los famosos gastos generales, ahora estamos hablando de ampliación de plazo y gastos generales; entonces, ¿qué pasa? Las legislaciones a lo largo del tiempo, la legislación de contratación pública desde 1997 hasta la fecha ha ido variando y ha ido diciéndonos: «con reconocimiento de gastos generales», «sin reconocimiento de gastos generales», «con los gastos generales debidamente acreditados», «sin acreditar».

Un zafarrancho, cuando el asunto es muy simple. Por ejemplo, yo siempre le digo a mis alumno: «Cuando vendes un chicle, el chicle vale dos soles, ese precio de dos soles significa que un sol es el costo directo y un sol es el costo indirecto»; y ¿qué es el costo indirecto? El costo indirecto es el alquiler de la bodega, el alquiler del local, la luz, el agua, el teléfono, lo que le cuesta a la bodeguera los colaterales para poder seguir en el negocio. Un sol le cuesta producir el chicle o el arroz con leche si quieren, para que sea un producto casero fabricado por la propia bodeguera; entonces, le cuesta producir el arroz con leche un sol, pero tiene que cobrarte dos soles para poder seguir subsistiendo en el mercado. El día que te comience a cobrar un sol, que es su costo directo, al mes siguiente probablemente ya no encuentras a la bodeguera, está cerrado y clausurado el negocio y la pobre bodeguera en quiebra.

Luego, el otro componente es la utilidad. Yo siempre digo: «Nadie vende pan para comprar pan», tú no puedes agarrar y decir «Ya, le vendo al Estado» y el Estado te dice: «Ya, te voy a dar costo directo, costo indirecto, pero no te voy a dar utilidad», mejor me dedico a otra cosa, hago otra cosa. Entonces, ahí vienen los problemas de la ampliación de plazo.

Ahora, ¿cuáles son las consecuencias? Las consecuencias son que se dejan de reconocer esas cosas. ¿Cómo evitarlo? Reconociendo lo que corresponde. La ley, felizmente, tiende a mejorar, pero avanza un trecho y retrocede otro. Ahora, la ley, por ejemplo, nos dice que cuando te conceden una ampliación de plazo te corresponderán los costos directos, los gastos generales y te dice que acredites los costos directos porque el gasto general no lo puedes acreditar. ¿Cómo se hace el gasto general, que es el agua, la luz, el teléfono? Tu gasto general lo prorateas entre todos tus proyectos, entonces, cada proyecto concurre a tu gasto general, que es el pago de tu gerente general, el pago de tu oficina principal, nada que tiene que ver con la prestación física que estás desarrollando, sino con los colaterales.

Entonces, lo prorateas entre todos tus servicios y a la hora de firmar el contrato se expresa en un porcentaje, como en el caso del chicle o del arroz con leche es del 100%, equivale al costo directo, es un porcentaje, algunos tratados internacionales dicen que debe ser 110% o 120%, lo que fuese, digamos que es 100%, entonces, se expresa en un porcentaje. A la hora que firmas el contrato, tu costo directo es, por ejemplo, en una obra, los ingenieros que estás poniendo, tu personal, la maquinaria, etcétera, y tu gasto general o costo indirecto es un porcentaje.

Entonces, la norma en algunos momentos te dice: «Oye, cuando hay ampliación de plazo te van a reconocer el gasto general debidamente acreditado». ¿Cómo voy a acreditar el gasto general para la ampliación de plazo, que es el cachito de veinte días en el ejemplo, si para los cien días no me pides acreditar?

Es absurdo, quedamos que era un monto, quedamos que es un porcentaje, por eso hace tiempo se decía que el gasto general en una ampliación de plazo se saca de una manera muy simple, se divide el gasto general entre el número de días del plazo contractual y se multiplica por el número de días de la ampliación de plazo, así de simple, eso es lo que debe hacerse, no hacerse problemas, porque ahora he visto que hay algunas entidades que te están exigiendo que acredites el gasto general. «Oye ¿cómo acredito el gasto general?, tendría que poner el sueldo del gerente general, de esto, y prorratear entre todos los trabajos», un laberinto. Y otros ahora están diciendo: «Bueno, acredítame el costo directo». Ok, el costo directo sí te lo debo acreditar, el personal que pongo, el equipo, la maquinaria, todo lo que pongo, eso es fácil de acreditar porque es visible, pero lo otro no y ahí vienen los problemas de los arbitrajes y las reclamaciones, porque no nos llegamos a entender sobre qué es lo que corresponde.

¿Cómo solucionar eso? Primero, haciendo bases adecuadas, tratando de minimizar y mitigar las posibilidades de que tengamos que ir a variaciones y ampliaciones de plazo y, por otro lado, reconociendo lo que debe reconocerse cuando suceden en estos casos. Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muy bien. Ahora vamos a ceder el uso de la palabra a la doctora Elvira Martínez Coco, para que trate sobre la idoneidad de las cláusulas arbitrales del Estado. Adelante.

Elvira Martínez Coco: Muchas gracias. En primer lugar, quisiera obviamente, agradecer al Centro de Análisis y de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por la gentil invitación para compartir estos momentos de conversación con ustedes, y en segundo lugar, agradecerle a la vida la posibilidad de estar con amigos con los que arbitramos en el día a día y, entonces, la conversación resulta más encantadora.

Me han pedido que hable sobre la idoneidad de las cláusulas arbitrales con el Estado y tendríamos para hablar una o dos horas de este tema, pero tenemos solamente diez minutos, así que voy a privilegiar un par de cuestiones y lo otro lo dejaremos para una nueva oportunidad.

¿Qué entendemos por «idóneo»? Idóneo es lo adecuado, lo apropiado para algo, es lo que nos sirve para cumplir una determinada función. Por lo tanto, inidóneo es lo contrario a ello. ¿Cuándo estamos frente a una cláusula arbitral inidónea, entonces? Cuando no cumple sus fines para arbitrar y, en este caso, voy a centrarme en el tema de lo objetivo, es decir, en aquellos aspectos que una entidad estatal cree que llevándolos a una cláusula arbitral no son arbitrables, cuando, en realidad, están equivocados y es todo lo contrario, y me voy a referir a lo que creo que son pactos nulos a la luz de la Ley de Contrataciones del Estado y de su Reglamento, que muchas entidades los han incorporado en sus cláusulas arbitrales para evitar que determinadas cuestiones sean arbitrables o no.

En primer lugar, por ejemplo, los plazos para interponer arbitraje, concluida la conciliación. Con la Ley de Contrataciones anterior, con el Decreto Legislativo n.º 1017 y con su Reglamento, el artículo 215 señala, y que todavía seguimos aplicando porque, como todos ustedes saben, depende de la fecha en la cual se haya celebrado el contrato, decía: «El plazo para interponer arbitraje, una vez concluido el proceso conciliatorio sin acuerdo de partes o con acuerdo parcial, es de quince días hábiles, debiendo computarse el mismo desde el día en que se suscribe el acta de no acuerdo total o parcial», desde el día en que se suscribe el acta de no acuerdo total o parcial, decía y dicen varios contratos de una entidad pública firmados el 2014, que son llevados a arbitraje. Sin embargo, la ley vigente en ese entonces, dice algo totalmente distinto, la ley vigente, el Decreto Legislativo n.º 1017, lo regula en el artículo 52 de solución de controversias, como todos ustedes saben, y el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, en el artículo 215, inicio del arbitraje, nos dice lo siguiente en su último párrafo: «Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá

iniciarse dentro de un plazo de caducidad de 15 días hábiles siguientes después de emitir el acta de no acuerdo total o parcial».

Todos ustedes se habrán percatado de la diferencia entre lo pactado en la cláusula arbitral y lo que señala el Reglamento. El Reglamento nos dice «15 días hábiles siguientes», el contrato se comió literalmente un día, y nos dice «A partir del momento de». La pregunta del millón es ¿puede realizarse este pacto? La respuesta es no. Estamos frente a un plazo de caducidad y los plazos de caducidad, en aplicación supletoria, como todos sabemos, del Código Civil, artículo 2004, nos dice que los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario.

Entonces, la cláusula arbitral resulta inidónea, no sirve para el propósito que ha pretendido regular la entidad estatal, no hay que gastar tiempo en esas cosas.

Ustedes dirán: «Pero de repente con la nueva ley podría ser posible». Pero la nueva ley tampoco nos permitiría ir por ese camino, estamos hablando de la Ley n.º 30225 y su Reglamento, el Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, con sus respectivas modificatorias.

El artículo 184.5 del Reglamento y la Ley, en su artículo 45.2 nos dice: «Para los casos específicos en los que la materia en controversia [...]» y nos habla de resolución de contrato, de nulidad de contrato, etcétera, de algunos determinados supuestos, el plazo es de treinta días hábiles, y luego dice: «En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta días hábiles —eso se refiere a cuando ha habido una conciliación previa— conforme a lo señalado en el Reglamento».

¿Qué se señala en el Reglamento? En el Reglamento se señala solamente el plazo, pero no se señala esta vez a partir de cuándo se computa el plazo. Preguntémosnos todos a partir de qué momento se computa el plazo.

Como no dice nada la ley, aplicamos otra vez supletoriamente el Código Civil, nos vamos al artículo 183 de cómputo del plazo, el inciso cuarto dice que el plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento. Por lo tanto, seguimos exactamente en la misma lógica, el plazo de caducidad comienza a computarse a partir del día siguiente. Contractualmente, entre comillas, no podemos, obviamente, recortar estos plazos de caducidad que se imponen totalmente, tal como lo señala el código, hay que respetar, concordando la ley, no nos podemos saltar incluyendo en un contrato una puerta que la ley ha querido cerrar de manera expresa.

Éste es el caso probablemente más duro al que pueda hacer referencia, lo he tenido en mi práctica arbitral, he laudado con relación a este tema hace muy poco y no puedo decirles todavía los nombres, a pesar de que ya he colgado el laudo en el Seace, no puedo decir nada porque todavía tengo que resolver un recurso contra el laudo. Solamente puedo hablar con total libertad de la entidad y del caso en específico, cuando ya tenga colgado también el recurso de interpretación. Pero esa misma entidad sabe que cuando laudo, ya sea a favor o en contra, lo hago con total convicción de que estas cosas son de ese modo, porque a esa misma entidad en una oportunidad, también en una cuestión de caducidad, se le pasó la misa de 11 con relación a objetar una cuestión en la que sí había habido caducidad, ahí el plazo realmente había pasado porque como fue justo en el Centro de Arbitraje de la Católica, recuerden ustedes que aquí para interponer excepciones no tiene el mismo plazo que para contestar la demanda, es un plazo mucho más breve, entonces, simplemente se les pasó y ¿qué hicimos como tribunal arbitral? Yo declaré la caducidad de oficio aplicando supletoriamente también el Código Civil, porque el Código Civil me permite aplicar la caducidad de oficio. Yo ya la había conocido, no podía cerrar los ojos a lo que realmente era evidente y, en este caso, repito, también no puedo cerrar los ojos al hecho de que no podemos recortar contractualmente un plazo de caducidad.

Me quedan unos minutitos. Voy a pintar, entonces, una cuestión donde sí creo que nos vamos a meter a la zona de los grises y en donde probablemente todos podamos motivar, si a ustedes les provoca, una discusión al final, y es que, por ejemplo, contractualmente también muchas entidades optan por decir cosas como lo siguiente en sus contratos, por ejemplo: «Las partes acuerdan que las controversias referidas al enriquecimiento sin causa o al enriquecimiento indebido no podrán ser materia de arbitraje». Estoy leyendo un contrato, una cláusula arbitral, y otra vez pregunto: ¿es posible pactar en contra de lo que la Ley de Contrataciones y el Reglamento actual señalan? La Ley de Contrataciones nos dice que no es arbitrable el enriquecimiento sin causa sólo en determinados supuestos y esos determinados supuestos son cuando la prestación adicional, la solicitud de prestación adicional, no ha sido aprobada por la entidad o cuando ha sido aprobada parcialmente, de modo tal que sí es arbitrable el enriquecimiento sin causa por cualquier otra causal o con relación a la parte de la prestación adicional que sí ha sido aprobada y en la que surge algún problema en su ejecución en el contrato.

¿Podemos contractualmente recortar ese derecho? Me van a decir «Podríamos también nosotros contractualmente —y se hace muchas veces— exonerarnos de determinadas responsabilidades hasta el límite que el Código Civil nos lo permite», es decir, cuando se trata de dolo, etcétera y podemos, pero aquí entramos a la gran zona gris, ¿podemos hacerlo cuando un contrato ha sido totalmente elaborado por una sola de las partes? Contractualmente, cuando un contrato ha sido elaborado por sólo una de las partes, ¿podemos decir que no se pueden acumular pretensiones en el arbitraje, que es un derecho que se le otorga al contratista para hacerlo en un solo arbitraje? Además, no es sólo es un derecho, ha sido pensado con la finalidad de recortar problemas, recortar costos, ¿podemos contractualmente decir que todos los gastos los va a asumir aquélla que pida el arbitraje? Las entidades estatales hicieron esto pensando en que quienes demandan más son los contratistas, hasta que de pronto me encontré en casos en que las entidades estatales tuvieron que

demandar y los cachetearon con su misma cláusula, «Paga todo tú», ¿no es cierto?

Entonces, ahí es discutible porque estamos frente a un contrato que ha sido elaborado por una sola de las partes, y me van a decir, probablemente, «Lo que pasa es que tuviste tiempo para objetar, para decir, para lo que quieras». Oigan, señores, el *in dubio contra proferentem* que se aplica en el Código Civil, que también se aplica supletoriamente, se aplica para cláusulas generales de contratación que nosotros podemos aprobar administrativamente y podemos no aprobarlas administrativamente, es decir, en las que ha habido posibilidad de discusión. ¿Podemos objetar en el campo administrativo? Podemos objetar, pero ¿somos escuchados? Y después de tenemos que probar, además, que objetamos, la posibilidad del *in dubio contra proferentem* en el Código Civil, que se da no sólo para los contratos por adhesión, que son «Lo tomas o lo dejas», se da también para las cláusulas generales de contratación. Gracias.

Mario Castillo Freyre: Ahora es el turno del doctor Enrique Ferrando Gamarra, que va a tratar acerca de la arbitrabilidad de las cláusulas generales de contratación.

Enrique Ferrando Gamarra: Me sumo al agradecimiento a la universidad, al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Católica, por hacer cada año este evento, que siempre es muy exitoso y todos nos enriquecemos de las exposiciones, de las preguntas, y de las experiencias que compartimos.

El tema que tengo asignado es «Análisis de la arbitrabilidad de las cláusulas generales de contratación». Confieso que cuando vi el tema mi primer impulso fue que puede ser que no haya mucha carne en este tema porque, efectivamente, las cláusulas generales de contratación son estipulaciones contractuales y las estipulaciones contractuales, en la medida en que surjan de aspectos disponibles, de un acuerdo de voluntades, pues son arbitrales. Sin embargo, en contratación pública, cuando

uno empieza a hurgar un poco más encuentra situaciones como las que Elvira acaba de comentar, y ahí es donde está el meollo del asunto.

Leo la definición de lo que es una cláusula general de contratación, artículo 1392 del Código Civil: «Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares con elementos propios de ellos». Y cláusulas generales las encontramos todos los días, las empresas de servicios públicos usan cláusulas generales y contratos de adhesión, los bancos usan cláusulas generales y contratos de adhesión, o sea, en el quehacer diario nos encontramos con este tipo de situaciones y en la contratación pública también, porque los contratos que celebra el Estado, empezando por las bases, responden a un modelo aprobado por el OSCE, donde hay una serie de estipulaciones que no las está incorporando o redactando la propia entidad, sino que las está copiando de un modelo, y si bien las bases se adaptan a cada situación singular, lo concreto es que esas bases tienen estipulaciones generales, cláusulas generales de contratación, que se van incorporando a todos los procesos exactamente igual. Como ustedes saben, las bases forman parte del contrato, entonces, los términos del contrato no solamente están en el anexo x de las bases, las bases también forman parte del contrato.

Entonces, se da este tipo de situaciones en las que en la redacción y en los términos del contrato que se celebra con el Estado se incorporan diversas cláusulas generales de contratación. De hecho, eso ocurre en cumplimiento de la ley, porque la ley establece que el contrato debe contener determinadas estipulaciones que están escritas en ella. Entonces, por ejemplo, temas de cómo se resuelve un contrato y cuáles son las causales, pues eso está en la ley, entonces, lo que hacen las entidades es incorporar las estipulaciones de la ley en el contrato, no las cambian, simplemente las copian. Lo mismo ocurre con las penalidades, eso es conocidísimo.

Entonces, los propios contratos que celebra el Estado con particulares incorporan literalmente los artículos respectivos del Reglamento, de la Ley de Contratación Pública, incorporan el artículo tal cual está redactado en la propia ley. Hoy en día, inclusive, con temas de *compliance* y anticorrupción, la nueva Ley establece claramente que en los contratos se tiene que incorporar necesariamente cláusulas relativas a garantías anticorrupción, solución de controversias, resolución de contrato por incumplimiento, o sea, la ley manda que el contrato tenga estipulaciones que están pre redactadas en la ley y, al final, aparecen en el contrato.

Como aparecen en el contrato, un buen día se produce una controversia y el tema queda en manos de un tribunal arbitral, que tiene que decidir cómo se interpreta y cómo aplica ese contrato. Y es ahí justamente donde se produce, digamos, el *quid* de esta cuestión, porque si una persona está enfrentando un contrato común y corriente cuyas estipulaciones han surgido de la autonomía de la voluntad, es un acuerdo de voluntades, la fuente de esas estipulaciones son las propias partes, entonces, estamos frente verdaderamente a acuerdos contractuales, a un acto jurídico que se va a interpretar de acuerdo a la norma del acto jurídico y en donde el árbitro tiene la misión de desentrañar cuál ha sido verdaderamente el acuerdo de voluntades para poder asignar los derechos y obligaciones que están en controversia.

Pero cuando uno tiene en un contrato estipulaciones que vienen de la ley, aun cuando estén escritas en el contrato, ya no son estipulaciones contractuales propiamente, es la ley transcrita en el contrato, estamos frente a una norma legal que está transcrita en el contrato y esa norma legal no puede ni modificarse, ni alterarse, ni derogarse, porque es una norma legal y es una norma imperativa. Esto no es lo mismo que cuando uno contrata en el mundo del derecho civil y se encuentra con disposiciones supletorias en la norma legal y las partes están perfectamente autorizadas a derogar las estipulaciones supletorias, pactar en contrario o pactar en sentido distinto, pero en el caso de la contratación pública,

aquellas disposiciones que son imperativas o que son de orden público no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes.

Entonces, ocurre que de pronto el árbitro se encuentra con estipulaciones que no son verdaderas estipulaciones, sino normas legales transcritas en el contrato, disfrazadas de estipulaciones contractuales, pero que no pueden ser interpretadas con arreglo a las normas del acto jurídico porque éstas no son aplicables, esas no han surgido de la común intención de las partes, surgen de la ley. Entonces, esos artículos o estas estipulaciones se tienen que interpretar de acuerdo a las normas que rigen la hermenéutica jurídica en materia normativa, en materia de normas legales, no de estipulaciones contractuales.

Esto nos lleva a una situación adicional, como las partes no tienen el poder de derogarlas, el árbitro tampoco tiene el poder de derogarlas y suele ocurrir —y me ha pasado muchas veces en la experiencia como árbitro— que el Estado aplica la penalidad que está ordenada en la ley, pero la penalidad que ordena la ley termina siendo desproporcionada frente al trivial incumplimiento que se ha producido. Entonces, el consorcio, el contratista, el particular que está siendo objeto de la aplicación de esa penalidad solicita, al amparo de un precepto que está en el Código Civil, que la penalidad se reduzca equitativamente y resulta que el árbitro no puede reducirla porque esa penalidad es una norma legal, no es una estipulación contractual. Por lo tanto, en ese caso en particular, el árbitro no tiene la atribución de modificar esa penalidad.

Yo he tenido casos, recuerdo uno dramático donde la prestación de cargo del particular era de decenas de millones de dólares, era un contrato gigantesco y el contratista entregó los bienes que eran sumamente sofisticados, la entrega era sumamente difícil, lo logró y un pequeño repuesto no llegó y se demoró en conseguirlo varios meses, y le aplicaron la penalidad del 1×1000 calculado sobre el 100%. Al final, terminó siendo una cantidad groseramente enorme y la tuvo que pagar y no se veía razonable que tuviera que ser así, pero es lo que dice la ley, o sea, el

árbitro no puede modificar, no puede reducir esa penalidad porque es lo que manda la ley.

De hecho, la facultad que el Código Civil le otorga a los jueces y árbitros para reducir penalidades tiene un fundamento en la propia esencia del sistema de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual. En el Perú no se recoge la posibilidad de ordenar daños punitivos, básicamente el sistema de responsabilidad civil tiene por objeto reparar el daño sufrido, ni más ni menos, mas el sistema de responsabilidad civil no está diseñado para enriquecer al agraviado, solamente se le resarce el daño que ha sufrido. Pero cuando uno pacta una penalidad, básicamente lo que está haciendo es anticipar cuál puede ser el daño, el costo de ese daño y puede ocurrir perfectamente que la penalidad termine excediendo en mucho lo que es el verdadero daño del agraviado, y por eso es que existe la facultad de revisarlo a pedido de parte, desde luego. Pero la penalidad que está en la Ley y en el Reglamento de contrataciones es la que se aplica, bien sea que sea en perjuicio del Estado o bien sea que no, pero si no lo es porque esa penalidad está excediendo, el Estado se va a enriquecer a costa de esa penalidad.

Regresando al tema, definitivamente en los contratos que celebra el Estado con particulares hay cláusulas generales de contratación y esas cláusulas generales no siempre vienen elaboradas por las propias entidades, vienen o mandadas por la ley o diseñadas por el OSCE, porque el OSCE también aprueba en ocasiones, como lo hace con las bases, cláusulas generales de contratación y no lo hace como *soft law*, no lo hace con la idea de sugerir, no, lo hace en ejercicio del *ius imperium*, o sea, es una autoridad que en ejercicio de su *ius imperium* está imponiendo que en los contratos que celebra el Estado se incorporen determinadas cláusulas que está totalmente fuera de la potestad de las partes modificar y de los árbitros también de interpretar como si fueran cláusulas regidas por la autonomía de la voluntad.

Una limitación adicional que se desprende de esto es que no se puede, por ejemplo, solicitar la nulidad de estipulaciones contractuales que son transcripción de la ley, porque está fuera del ámbito de los árbitros derogar la ley. Evidentemente, no pueden hacerlo, entonces, no porque la estipulación está disfrazada de cláusula contractual se puede pedir la nulidad, la anulabilidad o la inaplicación, definitivamente esos son límites que hay que tener en cuenta y un árbitro no puede olvidar esos límites y las partes no deberían olvidarlos tampoco, porque no deberían solicitar en sus pretensiones que se arbitre y se resuelva sobre pretensiones que están fuera del ámbito de la competencia de los árbitros. Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Para esta segunda parte voy a permitirme formular tres preguntas abiertas a nuestros expositores, que me han surgido a raíz de haberlos escuchado.

La primera, que me surgió a raíz de la exposición del doctor Gandolfo, es si no será que es una de las causas estructurales que el Estado no medita lo suficiente antes de iniciar los procedimientos para celebrar un contrato, es decir, a veces uno dice «Bueno, pero qué absurdo», lo que tú mencionabas, lo del auditorio o de otras obras en donde, efectivamente, el problema se basa en que no puedes entregar el terreno y lo sabías, entonces, ¿por qué contrataste? Entonces, ¿el Estado tiene siempre que contratar o el Estado en esos casos debería abstenerse de contratar?

En segundo lugar, yo siempre he tenido una preocupación, y la tengo, en torno a las cláusulas escalonadas de solución de controversias, porque a veces uno siente que la voluntad de quien la redacta es que el problema se solucione mejor y hasta que el problema se solucione sin ir a un arbitraje, pero, en la práctica, muchas veces esas cláusulas escalonadas como que entorpecen que el problema se empiece a solucionar vía un arbitraje rápidamente. Entonces, hay cláusulas, pues, que tienen negociación directa y, además, con plazos determinados, si falla la negociación directa, te vas de repente a una conciliación; si falla la con-

ciliación, te puedes ir a una conciliación decisoria; y si quieres recurrir el resultado de la conciliación decisoria, te vas a arbitraje; y todo con plazos, algunos de acuerdo a ley y otros no de acuerdo a ley, con lo cual se plantean los problemas que ha señalado Elvira. Entonces, ¿cuál es la opinión de ustedes con respecto a las cláusulas escalonadas?

Y, en tercer lugar, uno de los temas que mencionó Elvira y que yo quisiera recoger dentro de la línea también de lo que exponía Enrique, es: ¿qué opinan ustedes en torno a las cláusulas de los contratos que ordenan los pagos de determinados gastos asignados en un 100% a la parte que demanda o a la parte que solicita el arbitraje?; ¿eso va de la mano con la regulación de la Ley de Arbitraje?; ¿se complementa?; ¿no choca?; ¿es una práctica ilegal?

Quisiera soltar estas ideas sin perjuicio de que ustedes puedan plantear otros temas, y vamos a ceder el uso de la palabra en el mismo orden en que lo tuvimos en la primera ronda. Así que, cedemos el uso de la palabra al doctor Gandolfo.

Ricardo Gandolfo Cortés: Muchas gracias, Mario. Voy a comenzar a responder tus preguntas en sentido inverso, de la última a la primera.

Respecto a las posibilidades de pactar, por ejemplo, que una parte pague todos los gastos de los honorarios arbitrales, me parece que eso no es correcto, y me hace recordar una polémica larga que tuve con un distinguido árbitro, amigo nuestro, de todos, que me decía, por ejemplo, que uno podía pactar cualquier cosa, así la ley de arbitraje diga lo contrario. Y me decía, por ejemplo, que uno podía pactar con la Ley de Arbitraje vigente, segunda instancia. Yo le decía «No puedes pactar segunda instancia, eso habrás querido hacerlo tú como autor del proyecto, por ejemplo, eso habrá estado en tu mente», «Sí, yo quería eso», «Ok, tú querías eso, pero en el texto final ya no dice eso, dice que es sólo una instancia. Antes había dos instancias o podrías pasar una segunda instancia judicial o arbitral, pero ahora no, ya no se puede, hay artículos

en la Ley de Arbitraje que son imperativos, que no puedes hacerlo y hay otros que no lo son, justamente por eso la norma dice: “salvo pacto en contrario”, “puedes hacer esto, salvo pacto en contrario”. Entonces, yo le decía: «¿Qué? ¿Puedo pactar cinco instancias?», y me decía: «Sí», entonces, yo le digo «No, no puedes pactar eso».

Entonces, me parece que eso es imposible, la Ley de Arbitraje y las leyes, todas las leyes, son de carácter imperativo, no puedes decir «Ésta sí, ésta no», establecen algunas posibilidades de que tú te apartes de la ley; cuando te da esa posibilidad puedes hacerlo. Pero en esto de los honorarios no te deja esa posibilidad la ley, de manera que lo que dice es que en el laudo final se resuelve y se dice cómo se van a pagar los honorarios o los gastos arbitrales efectivamente.

Respecto a las cláusulas escalonadas en materia de contratación pública, desafortunadamente son un saludo a la bandera porque primero vas acá, primero vas a conciliación, después vas acá, después vas acá y, al final, te vas siempre hasta el final. Yo comentaba que en la última modificación del Decreto Legislativo n.º 1341 se ha introducido una modificación que espero tenga éxito, reconozco que es difícil implementarla. Se ha dicho que vamos a invertir la figura, no se va a premiar al funcionario que dilata y enriquece los procesos arbitrales metiendo reconsideraciones, integraciones, recursos, yendo al Poder Judicial en anulación, en fin. Antes, hasta hace poco, creo que hasta ahora, el funcionario cree que tiene que agotar instancias y eso es agotar instancias y el recurso de anulación es una segunda instancia, y eso la norma trata de invertirlo.

Y, por último, el tema de qué debe hacer el Estado para evitar tantos arbitrajes en materia de ampliaciones de plazo, de gastos generales, pues efectivamente tiene que planificar, no es posible que quiero hacer una carretera, empiece a hacer una carretera y venga Telefónica a romper el piso porque hay una interferencia y venga a pasar el cable de teléfonos, entonces, se para la obra y hay que darle una ampliación de plazo al

contratista. No. Hay que coordinar, hay que hablar con todos los actores que participan en una obra y decir «Oye, ¿vas a poner los teléfonos?, ponlos primero y después hago la obra», hay que planificar y hay que hacer buenas bases, hay que asignar presupuestos adecuados para hacer los estudios, para que cubran todas las posibilidades los estudios, perforaciones, análisis de suelos, todo se haga y se tenga un presupuesto y un proyecto final que sea más sencillo que tener ampliaciones de plazos, adicionales de obra y todas esas cosas que son las que generan estas controversias.

Ésa es mi opinión, muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Gracias, Ricardo. Elvira.

Elvira Martínez Coco: Bueno, para mí, obviamente, la raíz del problema se encuentra, en realidad, en los expedientes técnicos. Los expedientes técnicos son mal elaborados, son deficientes. A los procuradores y a los abogados de las entidades estatales les llegan para defender lo indefendible las más de las veces, yo veo actos heroicos de defensa de las entidades estatales, de las procuradurías, para tratar de decir que es de noche cuando en realidad es de día. El expediente técnico es defectuoso, ése es el primer problema. Y, probablemente, esto es parte de la presión política por sacar obras como sea, llegar y sacar obras como sea y, entonces, no se planifican las cosas y vienen estos exabruptos.

Un problema que siempre he dicho también que hay que corregir a nivel de la ley es que no se puede permitir que se nombre como supervisor de la obra al mismo proyectista, porque termina siendo juez y parte. En innumerables arbitrajes he visto cómo el supervisor que ha sido el proyectista, no quiere reconocer que se equivocó en el proyecto; señores, y eso ¿saben cuánto le ha costado al Estado? En un caso le costó dos veces más el costo de la obra, ¿de qué estamos hablando? Entonces, no se pueden permitir cosas como esas.

La segunda pregunta, lo de las cláusulas escalonadas. A ver, fíjense, cuando era jefe del gabinete de asesores del Ministerio de Justicia redacté con mucha esperanza en esos años de juventud, junto con el doctor Guillermo García Montúfar, Carlos Ruska y otras personas, la Ley de Conciliación como un paso previo que se suponía iba a servir para evitar la gran cantidad de procesos que había en el Poder Judicial. Lo único que logramos, señores, fue un paso más antes del Poder Judicial, ésa es la verdad, y la conciliación en la Ley de Contrataciones es también un paso más y, en algunos contratos, tenemos como cinco pasos más.

Y lo último, era referido a las cláusulas que establecen que el que pide el arbitraje paga todo. Yo ya tengo casos laudados sobre eso, entonces, puedo hablar de lo que he hecho en esos casos. En esos casos he respetado el acuerdo cuando la parte no ha pedido que sobre la base de que estemos siempre a una imposición unilateral que ha venido en el contrato anulemos esa parte de la cláusula arbitral; cuando no lo ha solicitado, no hemos hecho nada normalmente y lo hemos respetado porque, finalmente, no vamos a terminar siendo más papistas que el papa.

Pero ¿de qué estoy convencida? Estoy convencida de lo que dije hace un rato, creo que habría la posibilidad, si se pide bien, de aplicar un *in dubio contra stipulatorem*. De lo que no estoy segura es de si estamos realmente frente a cláusulas generales de contratación. En puridad, la cláusula general de contratación es una creación y es una abstracción para que se incorpore en futuros contratos en particular que va a celebrar con distintos contratantes. Yo lo que veo más bien es un contrato tipo, un contrato tipo que va en la base y al que le falta señalar determinados datos, pero, finalmente, a los contratos tipo que se manifiestan a través de contratos por adhesión o de cláusulas generales de contratación se les aplica siempre el *in dubio contra stipulatorem*, como lo hacen, por ejemplo, los principios Unidroit para los contratos internacionales.

Si me llegara una opinión totalmente fundamentada que lo cuestionara sobre esa base, yo se lo otorgaría.

Mario Castillo Freyre: Muy bien, muchas gracias Elvira. Enrique.

Enrique Ferrando Gamarra: Muchas gracias. Empiezo con el último tema. Estoy de acuerdo parcialmente con Elvira en la medida en que, efectivamente, se desprenda una duda razonable en la estipulación que le está cargando a una de las partes todos los gastos, pero, si no hay ninguna duda y está muy claro, el principio no me puede llevar a una conclusión diferente a lo que está pactado. Entonces, la pregunta es, primero, si el pacto es válido o no es válido; yo creo que es válido, porque no pensemos solamente en el Estado, pensemos en cualquier parte contratante que desea cargarle a un lado los gastos del proceso, ése es un pacto absolutamente válido, lo que es reprochable es el Estado, que es la parte que tiene ventaja al redactar el contrato, eso es un abuso, porque coloca al contratista en la posición de o aceptar o no participar en el proceso de selección y, entonces, se genera una inequidad, pero esa inequidad no me parece que sea nula.

Cuando he tenido el caso, he respetado el acuerdo y me ha tocado que la misma entidad en dos arbitrajes diferentes, pero que tenía audiencias de uno un día y del otro, el otro día con el mismo procurador, en un caso la entidad era la demandante y, en el otro, la demandada y sostenía el mismo procurador posiciones opuestas. No me resistí de decirle al procurador: «Pero, el día de ayer yo lo acabo de escuchar sosteniendo la teoría contraria», y me dijo: «Sí, pues, es lo que toca». Entonces, yo he respetado el acuerdo y cuando le toca a la entidad ser la demandante, pues le toca, ¿no?, «Paga»; pero no estoy de acuerdo con que se incorporen, desde el punto de vista ético.

Ahora, definitivamente, me ha tocado que el contratista, cuando enfrenta ese tipo de cláusulas, plantea que existe una controversia entre la estipulación y la norma que sería de orden público, de la ley que le da la prerrogativa a los árbitros de calcular los costos y costas y, por lo tanto, dice «Eso debe prevalecer y el árbitro debe ignorar la cláusula». Yo no lo he hecho, personalmente.

El segundo tema es el de las cláusulas escalonadas. Las cláusulas escalonadas son útiles, pero son útiles cuando realmente pueden cumplir una finalidad. De hecho, las cláusulas escalonadas no cumplidas tienen una función, a los que somos procesalistas nos enseñaron que existe una excepción que es la falta de interés para obrar que, básicamente, consiste en «Oye, no vengas a fastidiar al juez con una controversia, si no has intentado ponerte de acuerdo primero. Y si tú has pactado un mecanismo para ver si puedes resolver por tus propios medios esa controversia, entonces todavía no tienes interés para molestar al poder jurisdiccional buscando una solución. Cuando hayas agotado ese esfuerzo y no hayas resuelto nada, recién vienes». Y lo mismo funciona para el tribunal arbitral.

Ahora, la Cámara de Comercio de Lima había incorporado en su reglamento anterior que la petición de arbitraje significa que voy a renunciar a las cláusulas escalonadas, a los mecanismos autocompositivos y, por lo tanto, el arbitraje procede, con lo cual anuló por completo la posibilidad de tumbarse un arbitraje con la excepción de falta de interés para obrar. Pero eso ya no está en el reglamento actual, con lo cual se están produciendo discusiones muy severas, porque la práctica arbitral ha determinado que esas cláusulas no se cumplan o se cumplan mal.

Hace poco tuve una discusión de lo más interesante en donde el contratista había recurrido a un centro de conciliación, pero había planteado la controversia en términos generales y, luego, en la demanda, planteó las pretensiones específicas. Entonces, la entidad dijo: «Sí pues, pero lo que planteaste en la audiencia de conciliación no eran esas pretensiones, eran términos generales», y la explicación del abogado me pareció razonable, fue: «Sí, es que yo no voy con pretensiones específicas a la conciliación, yo voy con un problema, con la controversia general y esa controversia incluye todos los temas que ahora estoy discutiendo en el arbitraje». Entonces, se generó una discusión entre si uno tiene que llevar pretensiones al centro de conciliación o tiene que llevar la controversia, de lo más interesante. Me parece que es la controversia lo que

uno lleva, no pretensiones específicas, todavía no estamos en el pleito, lo que estamos es tratando de arreglarlo.

Pero también es cierto que cuando se trata del Estado, no tengo estadísticas, pero probablemente el 0,001% de casos se concilia y los demás se van al pleito. ¿Qué funcionario al que le están reclamando que pague ocho millones de dólares va a ir a un centro de conciliación y va a decir: «Por supuesto, señor, por supuesto»? Se va preso, de todas maneras, lo van a encerrar, lo van a considerar sospechoso de algo. Entonces, ningún funcionario se atreve a hacer un arreglo de esa naturaleza, es más, no tiene la atribución, necesita la autorización del titular del pliego, o sea, es todo un problema.

Entonces, en el caso del Estado, particularmente, yo pienso que es perder el tiempo diseñar esas cláusulas escalonadas porque no funcionan, a menos que se cambie la cultura, que no haya una cultura de persecución, que la Contraloría no asuma que cada vez que un funcionario le da la razón al particular es un corrupto y, entonces, estas cosas empezarán a funcionar.

Con relación al último tema que habías planteado, definitivamente no, todas las opiniones que se han dicho sobre el particular son exactas, muchísimas veces, como tú bien dices, el expediente técnico está mal diseñado y con un expediente técnico mal diseñado todo lo que viene va a estar mal y se generan sobrecostos absurdos por falta de previsión y por la necesidad del Estado de seguir insistiendo en defender un expediente que está mal diseñado. Entonces, se arma una guerra santa, en realidad, con el contratista.

Además, el tema no solamente genera una discusión de un lado, sino que la posición necia del Estado termina generando también un problema al revés. Por ejemplo, si un contratista tiene una ampliación que le corresponde, vamos a partir de la premisa que le corresponde, pero el Estado no se la da, al no dársela lo que va a ocurrir es que el

Estado va a registrar una mora que en realidad no se está produciendo, porque ese señor tenía derecho a una ampliación. Como se empieza a registrar una mora, ¿qué hace el Estado?, aplica la penalidad, está obligado a hacerlo y al final, cuando acumula determinada penalidad, resuelve el contrato. Entonces, finalmente tenemos un contrato resuelto y, además, la ley ordena que tan pronto esté resuelto el contrato, la obra tiene que detenerse, por lo tanto, se detiene la obra, la carretera queda sin reparar, todo se va a un arbitraje, entonces a veces lo que hace el Estado es contratar a otra persona para que continúe la obra, con lo cual ya no hay forma —aun cuando el Estado se haya equivocado— de devolverle la obra a quien la tenía originalmente.

Entonces, el sistema está diseñado para que las obras queden abandonadas y eso es lo que pasa. La Carretera Central, cuatro años sin terminar, las obras del tren eléctrico son un desastre porque nunca previeron que debajo de la pista había tuberías, había cables, había esto, había lo otro, ahí tirado. Eso es el expediente técnico y le termina costando al Estado una barbaridad de dinero y eso no es culpa del contratista tampoco, es parte de un mal diseño. Ojalá que todo eso cambie. Mil gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Enrique. Hemos cumplido, pero nos queda tiempo, así que voy a ceder a cada uno tres minutos para que cierre con alguna idea.

Elvira Martínez Coco: A mí me provocaba desde hace rato, Mario, a raíz de todo esto. Supongamos que se ha pactado que los gastos los cubre el que demanda, pero quien demanda resulta ser la parte totalmente vencida en el proceso, ¿se seguiría pensando que eso es justo? Lo digo por la pregunta que hizo inicialmente Mario, con relación a cómo juega esto con la Ley de Arbitraje, cuyo espíritu es que la parte vencida sea la que asuma los costos y, en todo caso, si el tribunal entiende que ha habido situaciones justificadas, entonces prorratearlos.

Ricardo Gandolfo Cortés: Yo sobre ese particular les puedo contar algo. Entre las discusiones que se han dado, a propósito de la reforma de la Ley de Contrataciones del Estado, hubo una peregrina idea, creo yo que ya abortada felizmente, espero —lo comprobaremos en los días sucesivos—, en cuya virtud se quería poner una exigencia para iniciar un arbitraje, que consistía en una fianza del 3% del monto del contrato, que no tenga nada que ver independientemente de la cuantía de la reclamación; o sea, tú podías tener un contrato de un millón, ibas a reclamar 100 y tenías que poner una fianza del 3% del millón como condición para iniciar el proceso arbitral, y que así iban a bajar los arbitrajes. Desde luego que iban a bajar los arbitrajes y se iban a quedar sólo en el mundo arbitral los truhanes y los delincuentes, me imagino.

Pero lo cierto es que el sustento de esa medida es la exigencia del 3% que existe para los recursos de apelación que se interponen ante el OSCE cuando no te dan la adjudicación de un contrato. Entonces, yo tuve oportunidad de hablar con algunas autoridades y les dije: «Bueno, eso tiene otra lógica, ahí estás discutiendo el íntegro del contrato y tú vas a reclamar», primero porque algunos piensan que tampoco ahí debería haber esa garantía, yo les decía «Ahí tiene que haber esa garantía, porque si no hay esa garantía, ese requisito, todo se va a discutir en el OSCE, las entidades ya no van a dar adjudicaciones porque, evidentemente, todos los que pierden, si no va a costar, van a ir a reclamar al OSCE, para pedir que se revise el proceso». Esa lógica no existe en el arbitraje, en el arbitraje ya tienes tu contrato y vas a discutir un determinado monto que se te está negando. Entonces, no se puede pretender poner un sobrecosto de esa naturaleza, perjudica el acceso de los justiciables al debido proceso.

Elvira Martínez Coco: Justamente, eso te iba decir, o sea, perjudica su total acceso. Todos los que estamos en el arbitraje día a día vemos, y acá también veo un montón de caras que arbitran y que litigan, cómo muchas veces hay contratistas que llegan con valorizaciones impagas, con aplicaciones de penalidades, ahogados económicamente. Yo tengo

un proceso en la Católica en el que actualmente el contratista pagó todos los honorarios arbitrales y los de la secretaría arbitral que le correspondían, la entidad dijo: «No pago». Entonces, nos pidió armadas para pagar, ha hecho un esfuerzo al parecer y ha pagado una armada y en el último escrito nos ha pedido pagar el resto en 6 armadas, que terminarían de pagarse en marzo del próximo año. Yo les pregunto, ¿ustedes le concederían o no le concederían ese pago? Yo le dije a mi tribunal que hay que concedérselo, se está viendo voluntad de pago, esfuerzo por pagar, ¿quiere que se retrase su administración de justicia? No. No tiene un sol en el bolsillo. Entonces, hay situaciones en las que parece razonable ¿no?

Enrique Ferrando Gamarra: Claro, perfectamente de acuerdo. Ahora, creo que todos coincidimos en que el principio *solve et repete*, o sea, paga primero y luego te devuelvo si tienes la razón es inconstitucional. En materia tributaria ya ha sido declarado así, felizmente, por el Tribunal Constitucional. Uno puede reclamar y defenderse y no lo obligan a pagar primero el tributo. Si nosotros ponemos una valla económica para poder reclamar, hay gente que va a tener razón y no va a poder cumplir con la valla económica y, entonces, es una barrera de acceso a la justicia y puede ser 3%, 2% o 1%.

Ricardo Gandolfo Cortés: Y lo peor de todo, si me permiten un comentario final, la idea es evitar la corrupción en los arbitrajes, y yo les decía «Pero, con eso no logras evitar la corrupción, con la garantía del 3%, porque cuando hay corrupción en el arbitraje se coluden todos, se coluden funcionarios públicos, los árbitros, las partes, entonces van a poner con gusto su garantía del 3%, porque la van a recuperar, porque van a ganar y se van a repartir entre todos». Entonces, no es solución, al contrario, va a provocar que se queden los truhanes y los delincuentes en el mundo arbitral, que son los que queremos que salgan de ahí.

Enrique Fernando Gamarra: Ahora, el tema de los costos está generando problemas. El OSCE, para ponerle remedio a este tema de

que en los arbitrajes *ad hoc* se fijaba sin ningún límite honorarios —dos millones, tres millones y, entonces, llegaba el árbitro en su BMW serie 8, recién pagado por el arbitraje en el que lo acaban de nombrar— se ha ido al otro extremo, ha aplicado una tabla de honorarios y dice «Esto es obligatorio», ha puesto un límite y con ese límite ahora resulta a veces imposible poder financiar los costos naturales de un arbitraje.

Me toca, por ejemplo, integrar un arbitraje en donde se designó dos árbitros del exterior y yo soy el único peruano, pero no hay forma de afrontar el costo que tendrían esos árbitros para poder arbitrar un asunto gigantesco, entonces, habida cuenta de que el procurador dijo: «Que se cumpla la directiva del OSCE para que esto le cueste tres centavos», entonces, los otros ya renunciaron. Obvio, entonces, las cosas no se manejan correctamente.

También, a veces, es culpa de los abogados, el abogado dice: «Bueno, me han incumplido el contrato, 100 000 dólares; y, además, demandando doce millones de dólares de daño moral». Una estupidez, pues el tipo termina condenando a su cliente a que el honorario del tribunal y del centro sea una barbaridad de dinero. Yo tengo un caso de una pobre señora que no tenía cómo financiar. El abogado puso doce millones absurdamente y ahora ha tenido que cambiar de abogado para que se desista de la pretensión porque no hay forma de ir adelante con el arbitraje, y eso es una estupidez del abogado.

Elvira Martínez Coco: Además, Kike, esa directiva —creo que es la 024 del OSCE— va a terminar desincentivando lo que se supone que la ley persigue; o sea, la Ley y el Reglamento lo que te dicen es que cada vez que surge una nueva pretensión la puedes acumular al proceso. ¿Para qué? Para que en un solo laudo se defina absolutamente todo, y todo sea más rápido y no se abran diez arbitrajes.

Enrique Ferrando Gamarra: Pero la directiva dice que no importa lo que acumules, el tope es el mismo.

Ricardo Gandolfo Cortés: Los plazos parciales para emprender los arbitrajes, éstos que te obligan dentro de quince días, y cuando se protestó los alargaron a treinta como gran solución, te obligan a que si tienes una reclamación, tengas que empezar un arbitraje, y hay contratos que tienen cincuenta arbitrajes. Eso no puede ser.

Elvira Martínez Coco: La finalidad de la ley y el reglamento es ésta, pero la directiva del OSCE lo que logra es exactamente lo contrario. La directiva del OSCE ha puesto un tope de 120 000 soles por árbitro y al poner el tope también tiene una contradicción, porque dice que el monto que pueden percibir los árbitros no puede ser superior en total al monto contractual. Si el monto es de 120 000, ¿cómo se entiende que el monto superior puede ser el del tope del monto contractual? O sea, en primer lugar, es un contrasentido.

¿Qué tienen que hacer los árbitros para curarse en salud? Viene la acumulación de una pretensión que desborda lo que ya les corresponde recibir como honorarios, no van a trabajar por las puras albóndigas, entonces, la rechazan. Al final lo que logra es justamente el efecto contrario de lo que busca la ley, la ley lo que quería es que todo se resolviera junto, ahora lo que va a pasar es que va a haber nuevamente diez y veinte, porque nadie va a querer trabajar por nada. Si el primero ya me cubrió, no voy a dejar que me sigan acumulando más cosas.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias a nuestros expositores. Un aplauso para ellos.

MESA 8: ¿QUÉ PUEDO HACER PARA QUE ME CREAN? LA ETAPA PROBATORIA EN EL ARBITRAJE

Fausto Viale Salazar¹ (moderador)

Rosario Fernández Figueroa²

Giovanni Priori Posada³

Eric Franco Regjo⁴

-
- ¹ Socio del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados, con especialización en derecho civil, procesal civil, constitucional y arbitraje. Asimismo, cuenta con estudios de maestría en derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y con significativa experiencia en la elaboración de estrategias procesales, así como en el patrocinio en procesos judiciales, arbitrales y constitucionales.
- ² Socia fundadora de Fernández, Heraud & Sánchez Abogados, abogada, árbitra y catedrática universitaria. Entre su experiencia profesional destaca haber sido ministra de Estado en la cartera de Justicia y presidenta del Consejo de Ministros. Durante su gestión se elaboró y aprobó el Decreto Legislativo n.º 1071. Miembro de la Comisión encargada de elaborar en anteproyecto de la Ley de Arbitraje. Ha sido procuradora *ad hoc* del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería - Osinergmin, miembro suplente del Comité de Protección al Accionista Minoritario de CONASEV y procuradora *ad hoc* de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
- ³ Magíster por la Università degli Studi di Roma «Tor Vergata», abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, árbitro, profesor principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde se desempeña como director de la Maestría en Derecho Procesal, socio del Estudio Miranda & Amado.
- ⁴ Abogado, árbitro y profesor. Ha trabajado en proyectos y controversias de ingeniería y construcción en América Latina, Europa y Asia tanto como abogado interno de empresas propietarias y de contratistas internacionales, así como abogado externo y árbitro.

*Diego Perul Tejero*⁵
*Manuel Villa-García Noriega*⁶

Fausto Viale Salazar: Buenas noches. Muchas gracias por la presentación. Tengo el gusto de estar presente en este congreso, que ya tiene toda una tradición en el Perú y en el extranjero también, porque son congresos internacionales. Ésta es mi *alma mater*, así que para mí es un doble gusto, soy profesor también en sistemas de justicia en este momento y estoy cumpliendo mis 40 años de profesor ahora.

La dinámica que vamos a seguir es la siguiente, son cinco expositores, cinco panelistas, y les voy a dar la palabra a cada uno de ellos, para que se refieran a un tema en concreto, que lo voy a anunciar también. El tiempo que van a tener para su exposición es de diez minutos. En todo caso, después del vencimiento de los diez minutos vamos a tratar de hacer una ronda de preguntas para poder cerrar los temas.

En primer lugar, el doctor Giovanni Priori Posada va a tratar el tema «Límites a la prueba de oficio en el arbitraje». Tremendo problema. Giovanni, te cedo la palabra.

Giovanni Priori Posada: Muchas gracias. Buenas noches. Ante todo, agradecer la invitación para compartir esta mesa y saludar particularmente a quienes me acompañan esta noche en ella.

⁵ Licenciado en administración y dirección de empresas, y MBA por el Instituto de la Empresa. Miembro de la Comisión de Arbitraje y ADR de la ICC y miembro del Club Español de Arbitraje. Es socio fundador de Forest Partners, firma especializada en el asesoramiento financiero en entornos complejos y en la prestación de servicios relacionados con la práctica forense en entornos judiciales de disputa. Asimismo, ha prestado servicios forenses relacionados con la elaboración de informes periciales y ratificación, entre otras instituciones, ante la Corte Internacional de Arbitraje.

⁶ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, centra su práctica en litigios, arbitraje, derecho civil y derecho mercantil. Miembro del Colegio de Abogados de Lima, socio del área de litigios y arbitraje del Estudio Olaechea.

El tema que me ha tocado tratar esta noche, en verdad, y se lo anunciaba ya a los organizadores, no tiene que ver con el tema de esta mesa, entonces, me siento como el patito feo de la mesa. Pero esto me sirve precisamente para delimitar de qué estamos hablando cuando hablamos de prueba de oficio, porque el tema de esta mesa es ¿qué debo hacer para probar mi caso? Y, precisamente, la prueba de oficio es algo que no le corresponde a las partes, es algo que no deben hacer las partes y no sólo no deben hacer, sino que sería estratégicamente incorrecto pensar en que yo no pruebo porque el árbitro tiene la posibilidad, la facultad, de prueba de oficio y, por lo tanto, me esperanzo en esa facultad. Eso sería un gravísimo error de quien está planteando el caso.

Entonces, dicho esto que me sirve, como decía, para definir qué cosa es prueba de oficio, cuando hablamos de prueba de oficio nos referimos a la facultad que tiene el tribunal arbitral para poder incorporar al arbitraje un medio de prueba que no ha sido ofrecido por las partes. Como ustedes saben, o la mayoría de ustedes sabe, mi formación fundamentalmente es en derecho procesal y por eso me interesa muchísimo este tema de prueba de oficio, porque en el derecho procesal la prueba de oficio es un gran problema, es tan grande el problema que Iberoamérica está dividida en dos grandes grupos: (i) los garantistas, aquéllos que no conciben la posibilidad de que el juez pueda incorporar medios probatorios de oficio, porque eso supone alterar las facultades que le corresponden a las partes, algunos dicen que éste sería un juez dictador, incluso; y, por otro lado, (ii) el eficientismo, que supone, más bien, pensar que el juez sí tiene facultad para incorporar medios probatorios de oficio.

Entonces, en el derecho procesal el debate es tan intenso que ha dividido en dos a la doctrina, al menos en Iberoamérica. ¿Por qué? Porque de las facultades del juez depende, de alguna manera, la posibilidad o la libertad de actuar de las partes en el proceso. Sin embargo, en el arbitraje, el problema de la prueba de oficio de ninguna manera puede ser planteado en los mismos términos en los que se plantea en el derecho procesal. Yo, que soy un partidario de concebir que muchas de las

instituciones pueden ser trasladadas del proceso al arbitraje, reconozco que ésta sí es una clara institución que no puede tratarse de la misma manera, porque las facultades del juez están íntimamente relacionadas a su condición de funcionario público y su rol en la función que la Constitución le asigna; en cambio, las facultades de un árbitro están íntimamente vinculadas a las facultades que las partes han decidido asignarle para ese arbitraje específico.

Entonces, el modo como debe ser tratado, a mi juicio, el problema de la prueba de oficio en el arbitraje tiene que relacionarse al principio de libertad en el procedimiento que rige al arbitraje y sobre la base de ese principio, deberíamos preguntarnos, ¿puede, sobre la base de este principio, el árbitro, incorporar medios probatorios de oficio?

Para responder esta pregunta, creo que deberíamos formularnos otras dos preguntas. La primera pregunta, la más sencilla de responder, ¿pueden las partes —en una hipótesis donde la ley no lo diga, porque la ley peruana lo dice, imaginemos que la ley peruana no lo dice— conferirle al juez la facultad de incorporar medios probatorios de oficio? En mi opinión, sí; las partes pueden conferirle al juez la posibilidad de incorporar medios probatorios de oficio. Sin embargo, en esa hipótesis en la que las partes deciden conferirle al árbitro la posibilidad de incorporar medios probatorios de oficio es donde surge el problema de ¿con qué límites el árbitro debe incorporar ese medio probatorio? Y hay centralmente dos límites: el primero, el de la igualdad, es decir, la posibilidad que tiene el árbitro de incorporar medios probatorios de oficio, de ninguna manera puede generar una situación de desventaja en las dos partes que están discutiendo en el proceso.

La situación de desventaja se generaría, por ejemplo, cuando el árbitro incorpora un medio probatorio respecto de un hecho que él conoce privadamente, es decir, que no conoce por mérito del debate del expediente o del proceso arbitral, o incorpora un medio probatorio de cuya existencia no conoce en el procedimiento arbitral, sino cuya

existencia conoce privadamente. Son dos hipótesis distintas, el conocimiento del hecho que no fue alegado, pero que se quiere probar, y el conocimiento de la existencia de un medio probatorio que tampoco fue alegado y que se quiere incorporar. Entonces, ahí se generaría una situación de desigualdad.

El segundo límite que tendría el árbitro para poder incorporar medios probatorios de oficio, aun cuando las partes le hayan conferido expresamente la facultad o en situaciones como las del ordenamiento jurídico peruano, donde la ley expresamente permite esta facultad, es el ejercicio del derecho de defensa, es decir, el hecho de que el árbitro incorpore un medio probatorio de oficio genera en el árbitro el deber de permitir que las dos partes puedan defenderse de ese medio probatorio. Además, es un medio probatorio que de ninguna manera tiene un privilegio especial. Esto es una cosa que yo discuto mucho, es una cosa muy subjetiva, es decir, si el juez o el árbitro —en este caso no importa quién es— lo incorpora es porque de alguna manera él cree que le hace falta eso y que ése que él está incorporando es pertinente. Muy bien, perfecto, pero eso no quiere decir que sea un medio probatorio al que necesariamente haya que darle un mayor valor en el procedimiento de valoración de la prueba, que en cuanto al resto, no tiene un privilegio y, por lo tanto, debe ser evaluado en conjunto con los demás.

Paso a formular la segunda hipótesis problemática. ¿En ordenamientos o en sistemas como el peruano, donde la ley expresamente permite que el árbitro incorpore un medio probatorio de oficio, podrían las partes quitarle al árbitro esa facultad? O sea, ¿las partes podrían pactar en el convenio arbitral «En este arbitraje, el árbitro no podrá incorporar un medio probatorio de oficio, el debate probatorio se basará única y exclusivamente respecto de las pruebas que las partes ofrezcan en el proceso»? A mi juicio, la respuesta es sí, las partes sí pueden acordar decir que el árbitro no puede incorporar un medio probatorio de oficio; es decir, no es esencial al ejercicio de decidir la posibilidad de incorporar de oficio medios probatorios.

Lo que ha hecho la ley peruana en el artículo 43 es adoptar, tomar una opción, ante la situación de si puede o no puede, la ley peruana ha dicho «puede», además, lo mismo ha dicho la ley procesal, bien pudo haber dicho «no puede», que además, para los defensores de la libertad, es la única forma de defender la libertad y la igualdad de las partes en el procedimiento, prohibiéndolo; la ley peruana no, lo ha permitido. Las partes podrían decir: «Muy bien, la ley te lo permite, pero en este procedimiento no podrás ofrecer ningún medio probatorio». A mi juicio, esto no afecta las facultades de decisión del árbitro en un sistema, además, como el nuestro, donde hemos aceptado válidamente que las partes puedan pactar que los árbitros puedan decidir sin justificar, como ustedes comprenderán; seamos coherentes y aceptemos también, entonces, que las partes pueden pactar que un árbitro no pueda incorporar medios probatorios al proceso. Muchas gracias.

Fausto Viale Salazar: Muchas gracias, Giovanni. Viene la intervención, ahora, de la doctora Rosario del Pilar Fernández Figueroa. Ella se va a referir al tema «Prueba documental: ¿admitir todo o no admitir nada? Requisitos de la admisión de este medio probatorio».

Rosario Fernández Figueroa: Muchas gracias. Buenas noches. Yo también estoy muy satisfecha, muy complacida de estar en mi casa, aquí me formé, de aquí salí abogada, no voy a decir en qué promoción para que no saquen la cuenta, pero lo interesante de todo esto es que la universidad tiene a bien siempre mantenernos al día en el conocimiento, que es un aspecto sustancial para nuestra formación.

Me ha tocado tratar este asunto relacionado a los requisitos de la admisión y absolver la pregunta que dice: «Prueba documental: ¿admitir todo o no admitir nada?». Creo que es necesario darle una pequeña mirada a lo que es objeto del arbitraje. Ya sabemos que el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias, que está basado en el consenso y en la autonomía privada, y en el cual las partes pactan libremente las reglas aplicables, incluyendo lo relativo a los me-

dios probatorios. Esos tres puntos de partida son importantes para la materia que vamos a tratar en los diez minutos que me corresponden.

Sobre el tema normativo, podemos darle una rápida mirada al Decreto Legislativo n.º 1071, que en su artículo 43 regula lo relativo a la facultad que tiene el tribunal para determinar, de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valorización de las pruebas, y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias. Esto tiene que ver con los aspectos esenciales de esta materia, es decir, la admisión, la pertinencia, la actuación y la valorización de la prueba.

Luego, algo similar encontramos en el artículo 43 del Reglamento arbitral de la Cámara de Comercio de Lima, donde se establece que «El tribunal arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias [...]».

Lo tenemos también en el caso del Reglamento de la Unidad de Arbitraje del Centro de la Universidad Católica, donde según el artículo 48 se les confiere semejante potestad a los señores árbitros.

Lo encontramos también en la regulación de la Cámara de Comercio Internacional, con su artículo 22, que tiene un texto similar, donde se dispone que «Con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes».

Luego tenemos los principios de la IBA que, en su artículo 9 también nos recuerda que el tribunal puede determinar esta admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas, y que «[...] podrá excluir a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier

documento, declaración, testimonio oral o inspección [...]». Nos habla también de la falta de relevancia, suficiencia o utilidad para el caso, y de las consideraciones de economía procesal.

Muy bien. A partir de esta referencia normativa podemos ahora ocuparnos un poco de lo que la doctrina nos ha ido manifestando sobre este tema, de manera sucinta, como corresponde a esta presentación breve.

Tenemos que la etapa probatoria se rige por los principios de máxima libertad y flexibilidad para las partes y los árbitros. La regulación se limita a estos 4 aspectos que ya hemos mencionado, la admisión de la prueba, la formación de la prueba, la actuación de la prueba y la valoración.

Hablemos ahora de la admisibilidad. Cuando hablamos de la admisibilidad tenemos que referirnos a dos aspectos fundamentales o criterios que están vinculados a ella, que son la legalidad y la relevancia. La legalidad vinculada a la licitud de la prueba y la relevancia, a la pertinencia.

El profesor brasileño Pedro Batista Martis, en un texto que escribió en el año 2009, publicado en el ejemplar n.º 8 de la *Revista Peruana de Arbitraje*, nos dice que lo más interesante respecto de esta actividad probatoria en el arbitraje es que no se sujeta a lo que se denomina, o a lo que él llama, un catálogo legal. Eso, en realidad, es representativo del principio de flexibilidad, en la admisión, la actuación y la valoración probatoria. Vincula, más que nada, la eficacia de la prueba a que se materialice en medios idóneos, no importando que esos medios puedan ser, incluso, atípicos, porque eso no los hace ilegales.

«No hay un procedimiento cerrado —dice el profesor Batista— en cuanto a la producción de las pruebas, tanto en la calificación de las mismas, como en el orden de su actuación en el proceso». Eso, ustedes

recordarán si revisan rápidamente el Código Procesal Civil, es totalmente distinto a la actuación en sede del proceso judicial ordinario o de cualquier tipo, donde hay un orden determinado para los efectos de la actuación probatoria.

Lo que es común a ambos tipos de proceso es que buscan en todos los casos contrastar la prueba con el hecho controvertido a efectos de que se pueda pasar a la siguiente etapa, que es la etapa de la actuación probatoria y la valorización.

Desde este punto de vista tratemos de responder, entonces, la pregunta. La pregunta es: ¿en la prueba documental se debe admitir todo o no se debe admitir nada? En mi opinión, la pregunta es un poco excesiva porque, en realidad, la respuesta debería ser que se debe admitir todo aquello que tenga que ver con el hecho controvertido, obviamente no debe admitirse aquello que no lo tenga.

La admisión de la prueba es, por lo tanto, un acto proveniente del razonamiento del árbitro, que goza de esta libertad de hacerlo, siempre y cuando cumpla, a su turno, con la fundamentación debida.

En el caso de la legalidad, está asociada al carácter lícito de la prueba. Esa licitud de la prueba, a su turno, también está asociada a la idoneidad de la prueba, que significa utilizar un mecanismo que permita conocer de una manera adecuada el hecho en el proceso, si el hecho controvertido es real, se confirma o no se confirma.

La relevancia. La relevancia, como se dice, está asociada a la pertinencia, necesidad y utilidad de la prueba, sirve o no sirve. Ése es el punto principal para que el árbitro en su razonamiento pueda decidir sobre si la prueba ofrecida es relevante o no. ¿En qué sentido será relevante? En tanto y en cuanto le permita, en la formación de su razonamiento, poder asociar el medio probatorio con el hecho controvertido y sacar una conclusión en positivo o en negativo.

Como se reconoce en doctrina, entonces, todo esto al final de cuentas está también asociado con el deber de la carga probatoria, al cual no es ajeno el proceso arbitral. En eso no hay una diferencia sustancial entre el proceso arbitral y el proceso judicial.

Por todo lo anterior creemos que al árbitro es a quien le corresponde definir si admite o no la prueba, lo que no implica necesariamente infracción o disminución del derecho que pueda tener la parte a probar, sino más bien la afirmación de la facultad que tiene el árbitro, propia de su condición, de efectuar un raciocinio que le permita establecer si la prueba está o no referida al hecho cuyo esclarecimiento resulta útil o necesario a la causa.

En este punto creo pertinente también hacer referencia a una afirmación que ha formulado la magistrada constitucional, la doctora Marianella Ledesma, quien se refiere, por ejemplo, a la utilización del procedimiento de la prueba anticipada, que es en sede judicial, para los efectos de asegurar la fuente de la prueba y utilizarla en el arbitraje.

La pertinencia significa que la prueba debe estar referida a los hechos que sustentan las pretensiones, los árbitros tienen libertad y discrecionalidad para determinar la pertinencia de la prueba. Esa pertinencia está a su turno asociada a lo que en materia del proceso civil judicial se regula en los artículos 190 y 196 del Código Procesal Civil, o sea, el deber de la carga probatoria y la pertinencia de la prueba, en tanto se refiera al hecho controvertido y no a hechos notorios, a hechos no controvertidos, a hechos imposibles, a la prueba diabólica y similares.

Me voy a referir muy rápidamente a la valoración, como el acto final que el árbitro tiene que hacer, mediante el cual produce la decisión razonada y fundamentada, de contrastar la prueba con el hecho controvertido y sacar una conclusión.

Me paso de frente a las conclusiones porque si no, me van a dar por concluida. Primero, la base fundamental de la actividad probatoria en el arbitraje está también sustentada en el principio de la libertad de las partes para establecer las reglas del proceso. Esa libertad no las exime del deber de la carga de la prueba. Ese deber se cumple en el marco de la actividad probatoria, que comprende el ofrecimiento de la prueba, la admisión y pertinencia de la misma, y la valoración. Los árbitros cuentan también con la libertad en el ejercicio de su función para desarrollar esa actividad probatoria; sin embargo, esa libertad no puede lesionar el derecho fundamental a probar que tienen las partes, ni tampoco lesionar su derecho a recibir una decisión fundamentada.

En consecuencia, el ejercicio de esa actividad razonada de los árbitros para decidir la admisión, la pertinencia y la valoración de la prueba al caso concreto, en caso la misma no fuese favorable a una de las partes, no puede ser considerado como violación a su derecho al debido proceso en tanto cuente con la justificación del razonamiento sustentado de la decisión.

Sólo debo añadir un elemento importante que está en el artículo 36 de la actual Ley de Arbitraje, que recoge por primera vez el tema de la buena fe en la actividad probatoria, tanto a cargo de las partes como a cargo de los árbitros. Muchas gracias.

Fausto Viale Salazar: Muchas gracias, doctora Fernández. En seguida le doy el uso de la palabra al doctor Eric Franco Regjo, quien va a hablar sobre la idoneidad de las pericias.

Eric Franco Regjo: Muchas gracias. Agradezco al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por su gentil invitación, es un placer y un honor para mí compartir el panel con tan distinguidos colegas y profesores.

En esta oportunidad tengo el difícil reto de comentar brevemente un punto de interés con relación a la prueba pericial. Entre los muchos temas entre los cuales elegir, a modo de iniciar la discusión, he optado por hacer un breve comentario sobre la conveniencia de establecer términos de referencia para las pericias en la etapa inicial del arbitraje.

Quisiera empezar indicando que sería ideal para el tribunal que las partes fueran transparentes al mostrar sus casos, que expusieran sus fortalezas y sus debilidades e, incluso, que entregaran al tribunal un árbol lógico del caso, indicando precisamente cuáles son los puntos en controversia que se deben resolver. Sin embargo, eso prácticamente nunca sucede. Si ello sucediera, las partes podrían ver con meridiana claridad sus diferencias y es altamente probable que llegaran a una transacción.

En tales casos, por lo general, ya no haría falta que un tercero resuelva la controversia, sino que ellas mismas podrían darse cuenta de quién tiene la razón. En cambio, lo que sucede en la realidad es que parte esencial de la dinámica del litigio consiste en que cada parte presente su caso de la manera que le sea más favorable. Ello implica que cada parte, por definición, no contará todo o lo contará de una manera que proyecte una luz favorable para su caso; sin embargo, y aunque la siguiente afirmación sea controversial, como ha dicho Giovanni, entre las teorías garantistas o las eficientistas, me parece que dijo, pero ése es el punto, podemos decir que la labor del tribunal consiste en buscar la verdad material, la cual usualmente se encuentra en algún punto entre la posición de una parte y la posición de la otra.

Es un derecho de las partes presentar su caso de la manera que consideren más favorable. El problema para el tribunal se da cuando se trata de controversias de alta complejidad, en las cuales si el tribunal es pasivo y se limita a lo que las partes presentan, es probable que no cuente con elementos suficientes para resolver la controversia de manera adecuada, en otras palabras, que el tribunal no cuente con elementos suficientes para superar con sustento, la brecha que existe entre la posición de una

parte y la otra. Por definición, cada parte no va a aportar los elementos para cubrir la brecha entre una y otra posición, así que el tribunal, en estos casos, es el que debe adoptar una actitud proactiva para cumplir esa tarea.

Tal como señala el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, las actuaciones arbitrales se sujetan, entre otros, a los principios esenciales de eficiencia, eficacia, equidad y buena fe. Es más, se estipula que las partes, el tribunal arbitral y el centro, deben contribuir a que el arbitraje sea gestionado de forma eficiente y eficaz, buscando evitar gastos y demoras innecesarios, teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad de la controversia.

En ese contexto, sabiendo que si se deja que cada parte conduzca su actividad probatoria solamente según su estrategia procesal, es muy probable que el tribunal no llegue a obtener los elementos necesarios para formar una posición propia. Por esto es que se discute cuáles son las acciones que puede adoptar el tribunal para que las partes planteen sus estrategias procesales, pero al mismo tiempo se aporten los elementos que el tribunal considera útiles para resolver la controversia.

Entonces, el primer paso, el cual no hay forma de obviar, es que el tribunal estudie el caso de manera temprana e identifique los aspectos que deben ser probados no sólo los que las partes dicen que deben ser probados, sino también lo que el tribunal, revisando ambas posiciones, identifica como necesario que se pruebe.

El segundo paso está recogido en el artículo 2.1 de las Reglas de la IBA, sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Dice: «El tribunal arbitral debe consultar a las partes tan pronto como sea procedimentalmente posible e invitarlas a consultarse mutuamente, a fin de acordar un procedimiento eficiente, económico y equitativo, para la práctica de la prueba».

Uno de dichos aspectos a acordar, en caso de que las partes hayan ofrecido pericias de parte, serían los términos de referencia para dichas pericias, en los que se incluya principalmente lo que se busca probar, el alcance de las pericias, la documentación a revisar o información a procesar, la metodología a emplear de modo tal que sean comparables, el *expertise* requerido por los peritos y la dinámica para el intercambio y actuación de las pericias.

Si bien la elaboración de términos de referencia suele ser más común que se use en pericias de oficio, lo cierto es que si se puede lograr fijarlas para la pericia de parte, se logrará un aporte significativo para la eficiencia y eficacia en la actividad probatoria.

Veamos algunos ejemplos. Un aspecto que se puede acordar en los términos de referencia es la metodología a emplear. Imaginemos que se trata de un análisis de demoras en un proyecto de construcción para determinar una ampliación de plazo en un proyecto privado. Será muy distinto el resultado y el sustento del trabajo si se aplica un método de análisis teórico, que si se aplica un método de análisis real.

Cada método presenta fortalezas y debilidades para analizar un caso concreto y la conveniencia de aplicar uno u otro es discutible caso por caso. Puede ser que los expertos consideren que corresponde aplicar métodos distintos, lo útil en ese caso será que ello quede discutido y sustentado antes de hacer el análisis e, idealmente, que ambos peritos, aun cuando consideren que un método es más adecuado que el otro, hagan el análisis aplicando ambos métodos de modo que el tribunal cuente con elementos para contrastar ambas pericias. Si se dejase que cada perito aplique sólo la metodología que considere mejor o que convenga más a sus clientes, el tribunal quedaría con la difícil tarea de valorar pericias que no son comparables.

Otro aspecto que se puede acordar en los términos de referencia es la secuencia de presentación y dinámica de exposición de los informes

periciales. En cuanto a la secuencia de presentación, se podría acordar si se presentará una pericia primero y luego la otra, a modo de contrapericia, o si se presentan ambas de manera simultánea. Si se presentan de manera simultánea se podrá ganar tiempo y, hasta cierto punto, exponer las posiciones de las partes de una manera menos estratégica. Sin embargo, hacerlo de manera sucesiva tiene la ventaja de acotar la discusión y permitir profundizar más en la contradicción entre ambas posiciones.

Por otro lado, en cuanto a la dinámica de exposición de los informes, una metodología que podría resultar útil es que cada perito, al poco tiempo de remitir su informe, haga una breve exposición del mismo en una audiencia o por videoconferencia, de modo que la otra parte, el otro perito y el tribunal, cuenten con mayores elementos para revisarlo, así como para observar algunos puntos que salten a la vista de manera rápida o solicitar aclaraciones iniciales. Se iría creando un ambiente de discusión y análisis que contribuiría a enriquecer y facilitar el proceso de formulación de comentarios, contrapericia y observaciones formales en el tiempo adecuado, de modo que cuando se llegue a la audiencia de confrontación pericial ya haya habido intercambios previos para ir acotando y profundizando la discusión.

Otra estrategia útil para facilitar la valoración de la prueba pericial y que también se puede acordar en los términos de referencia, es que el tribunal ordene que los peritos colaboren para identificar de manera clara los puntos en los cuales concuerdan y aquéllos en los que no lo hacen. Ello es lo que se conoce como «conferencia de expertos». Dicha herramienta debería contribuir a acotar las discusiones. Esta práctica se encuentra recogida en el artículo 5.4 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, donde se indica que el tribunal arbitral podrá, a su discreción, ordenar que los peritos designados por las partes que vayan a presentar o que hayan presentado dictámenes periciales sobre los mismos asuntos o sobre asuntos conexos se reúnan y deliberen acerca de tales asuntos. En dicha reunión, los peritos designados por las partes deberán tratar de llegar a un acuerdo sobre los asuntos

a que se refieren sus dictámenes periciales y harán constar por escrito aquellos puntos sobre los que lleguen a un acuerdo, así como aquellos otros sobre los que haya desacuerdo y las razones para ello.

La eficacia de esta práctica es tal que en algunos casos logra poner al descubierto las fortalezas y debilidades de las posiciones de las partes y motiva que las partes lleguen a una transacción.

Como conclusión de este breve comentario inicial y provocación para la discusión, planteo, entonces, que en una etapa inicial el tribunal identifique los aspectos que considera que deban ser probados en adición a lo que las partes dicen que debe ser probado y se determine un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba, parte del cual será, en caso de que las partes hayan ofrecido pericias de parte, el establecimiento de términos de referencia para dichas pericias. Gracias.

Fausto Viale Salazar: Muchas gracias, doctor Franco. En seguida, vamos a saltarnos del mundo de los abogados al mundo de los peritos, ya que hemos hablado de las pericias con el doctor Franco. Tenemos como invitado al economista español Diego Perul Tejero, quien nos va a hablar de la técnica de la pericia en el arbitraje.

Diego Perul Tejero: Muchas gracias, mis primeras palabras son de agradecimiento al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica por la invitación y por estar estos días pendientes de mí, era mi primera vez aquí en Perú, en Lima. La verdad que muchas gracias para ellos.

Dicho esto, voy a intentar dividir mi intervención en 3 bloques. El primer bloque es qué debe aportar un perito, en el segundo bloque vamos a intentar ver las diferencias entre perito de parte y perito nombrado por el tribunal arbitral y, un último bloque, que contacta bastante con lo que acaba de explicar Eric, sobre cuáles son las tendencias que se

están dando últimamente en el arbitraje para intentar reducir los costes y mejorar la eficiencia.

Comenzamos por el primer bloque, ¿qué debe aportar un perito? O sea, lo primero que nos tenemos que preguntar es «Oiga, cuando yo busco un perito, ¿qué quiero de este perito?». Si nos vamos a la definición que da la Real Academia de la Lengua de «perito», dice: «Persona que poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, informa bajo juramento al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o su experiencia». ¿Qué es lo que quiere decir esto? Pues que el perito debe ser una persona que tiene conocimientos técnicos y que esos conocimientos técnicos tienen que servir al juzgador para llegar a una verdad. En este caso, el caso del arbitraje, el perito debe explicar los temas técnicos al juzgador para que el juzgador pueda tomar una decisión correcta en el término del arbitraje.

¿Qué es importante para que la función del perito sea perfecta o, al menos, buena? Primero, que tenga los conocimientos, si no tiene los conocimientos o la experiencia en la materia no nos sirve como perito; y, luego, que sea independiente, porque si no es independiente, el juzgador no va a poder tomar la decisión acertada. Entonces, digamos que el deber del perito, qué se espera del perito, pues es una persona que tiene unos conocimientos que los aplica y que es independiente de las partes. En la jurisdicción española, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 335, te obliga a emitir unas manifestaciones donde, bajo juramento, dices que eres independiente y que utilizas tanto lo que puede beneficiar o perjudicar a ambas partes. En arbitraje no hay ninguna norma que sea así, pero sí que debes revelar si tienes al menos algún conflicto de interés o, si no es conflicto de interés, por lo menos, tu relación con las partes.

Dicho qué debe aportar el perito, vamos a ver cómo lo debe aportar, porque el trabajo del perito es emitir un informe pericial y ratificar el mismo informe pericial. Entonces, ¿cómo debe ser ese informe pericial para que le sea útil al tribunal arbitral? En todo informe pericial,

la parte clave es el objeto del informe pericial, el objeto tiene que estar claramente definido. Un informe pericial con un objeto que no está claramente definido es imposible de seguir.

Una vez que tengas el objeto definido, ¿cuál sería el siguiente paso? «Oye, vamos a ver qué información yo he utilizado para llegar a mis conclusiones». ¿Por qué es importante lo de la información? Porque cuando eres perito de parte tienes una determinada información, si esa información cambiase, tus conclusiones podrían cambiar, con lo cual tú tienes que poner, que manifestar por escrito y decir: «Oiga, yo llegué a mis conclusiones con esta información. Si la información cambiase, mis conclusiones podrían cambiar». Todos hemos estado en arbitrajes y de repente sale un documento que tu parte no te había dado y dices: «Bueno, pues, es verdad que este documento me hace cambiar determinadas conclusiones».

Una vez contado el objeto y la información se debe explicar cómo se estructura el informe. ¿Por qué? Porque al final, el lector del informe pericial es el tribunal arbitral, qué más fácil que se le diga: «Estructuro el informe en estas secciones, en tal sección explico tal, en tal sección lo otro, en tal sección explico otras cosas». ¿Para qué? Para que sea mucho más rápido y más ágil.

Una vez contado todo esto, volvemos al principio, «Oiga, el perito tiene que ser independiente y tiene que tener los conocimientos». ¿Qué hay que poner? Un currículum del perito y lo que en castellano, por lo menos en España, llamamos manifestaciones, lo que el perito revela, si ha trabajado con las partes. Cuántas veces ha trabajado con alguna de las partes o si no ha trabajado nunca, y manifiesta bajo juramento que es independiente. Finalmente, unas conclusiones. Las conclusiones deben ser un resumen de todo el trabajo del informe. ¿Qué es lo que pasa a veces con estos informes? Que si ponemos tantas cosas, el informe es muy largo. ¿Cuál es la tendencia que se está siguiendo últimamente? Todo lo que son manifestaciones, fuentes de información, sacarlo a anexos,

«Oiga, le dejo —si me permiten la expresión— “la chicha” del informe en unas pocas páginas y todo lo que son manifestaciones, fuentes de información, van como anexos, para que los vea el tribunal».

Pues esto digamos que sería la conclusión al primer bloque que les quería plantear.

El segundo bloque es la diferencia entre la pericia de parte y la pericia ordenada por el tribunal. Cuando alguien es perito de parte, lo primero que tiene que hacer es que el objeto del informe pericial debe servir a la parte que te contrata, con lo cual debe estar perfectamente alineado con la estrategia procesal.

La estrategia procesal es un tema de los abogados, no es un tema de los peritos, pero es muy importante decir, «Oiga, ¿cuál va a ser la estrategia procesal?, para yo alinear el objeto de mi informe», porque alguna vez nos hemos encontrado con que se está pidiendo un incumplimiento y se están calculando los daños por el cumplimiento del contrato, con lo cual no sirve para nada la pericia, o que se está pidiendo un perjuicio y se está valorando una compañía y dices: «Oye, enhorabuena, el informe está muy bien, pero no nos sirve para nada».

Entonces, es muy importante cuando eres perito de parte que la estrategia procesal y el objeto estén claramente alineados e identificados.

Otra cosa muy importante de los peritos de parte, cuidado con extralimitarnos en lo que escribimos acerca del objeto, porque: «Oiga, si el objeto de la pericia es éste, no se extralimite y me cuente más cosas», porque eso genera una sensación de parcialidad brutal, si alguien está contando más cosas de lo que era su objeto, es que realmente no está siendo imparcial.

Digamos que éstos son los puntos clave de la pericia de parte.

En la pericia nombrada por el tribunal arbitral, cambia la película totalmente, cambia la película por tres temas vitales. Uno, ¿cuál debe ser el objeto? El objeto debe ser, a mi juicio, el tribunal arbitral, una vez que ha escuchado a ambas las partes, sabe las dudas que tienen, el objeto debe ser un informe casi de preguntas y respuestas, donde el tribunal arbitral diga: «Oiga, yo quiero que usted me resuelva estas dudas» o «Esta parte dice esto, esta parte dice B; ¿qué es lo que usted considera?; pero, y ¿por qué?, o sea, báseme una cosa y la otra», porque finalmente la resolución es del tribunal, el perito no tiene que sustituir a los árbitros, pero sí que tiene que darles luz. Entonces, es un informe de preguntas y respuestas.

Otra gran diferencia, la información. Cuando eres perito nombrado por el tribunal arbitral, la información es de las dos partes, con lo cual ya no tienes ese sesgo de información sólo de una parte.

Y, finalmente, lo que decía, el objeto tiene que estar perfectamente acotado, el objeto de este informe y la mejor forma de acotar el objeto y que sea útil es hacer un informe de preguntas y respuestas. En arbitraje ICC, yo creo que últimamente siempre que un tribunal arbitral te designa como perito del tribunal son informes de preguntas y respuestas, y es verdad que finalmente te dejan una parte abierta, y dicen: «Oiga, si usted considera la lectura de toda la documentación y hay algo más que debería informar, póngalo, pero, en principio, cíñase a responder mis dudas, que es lo que necesito». Volvemos al principio, si queréis, «Oiga, ¿cuál es la labor del perito?».

Y, finalmente, como el tiempo apremia, vamos a intentar decir rápidamente cuáles son los temas de eficiencia y costes, ¿cuáles son las tendencias?, ¿cómo reducir los costes? Aquí hay dos vertientes, los abogados del *common law* y los abogados del *civil law*. Los del *common law* dicen que les parece mal que el perito entre desde un principio, es decir, desde antes de que se inicie el procedimiento; sin embargo, los de *civil law* dicen «Oiga, cuanto antes entre el perito, mejor». ¿Mi juicio?

Es mejor entrar lo antes posible. ¿Por qué? Cuando tú estás planteando desde el principio un arbitraje, todavía no existe el arbitraje como tal, puedes decirle al cliente «Oiga, mire, estas pretensiones no se pueden sustentar, es mejor ir por aquí».

Todo esto reduce costes, «la información prioritaria es ésta, ¿la tienes?, porque si no la tienes, a lo mejor no se puede hacer la pericia». ¿Cuál es el riesgo? Y ¿en qué punto tienen razón los abogados del *common law*? Cuidado con convertirse en consultor del cliente; si te conviertes en consultor del cliente, no puedes ejercer de perito. Ejemplo típico, el arbitraje de inversión, en el periodo de los tres o seis meses que estás negociando, quieres que el cliente negocie, «Oiga, yo puedo hacer las presentaciones, puedo hacer todo, pero, entonces, no puedo ser luego tu perito, tan sencillo porque he tenido acceso a documentación que luego, seguro en la pericia, no quieres que la cuente».

Entonces, este punto que sí que es muy bueno para recortar costes y mejorar la eficiencia, tenemos que saber manejarlo con mucho cuidado.

Finalmente, las técnicas que decía Eric para mejorar la eficiencia. Todo lo que son *pre-hearing meetings*, todo lo que es *hot tubbing*, todas estas técnicas, a mi juicio, mejoran la eficiencia del arbitraje, pero deben ser aplicadas siempre antes de las audiencias, porque es muy difícil que un perito, una vez que se ha ratificado en la audiencia, luego cambie de opinión; o sea, vamos a intentar hacerlo antes porque tenemos la presión entre iguales, si estás antes con otro perito es muy difícil que él te diga: «Mira, es que esto no es así». Muchas veces, incluso, si estas reuniones son sólo con el tribunal arbitral y sin las partes, pues todavía son más eficientes.

Con lo único que hay que tener cuidado con estas técnicas, como, entre comillas, están de moda o se han puesto de moda, es que hay un momento en que se abusa de ellas, un *Scott Schedule* tiene sentido hacerlo en un arbitraje de construcción, pero en un arbitraje sobre un

contrato no tiene sentido. Entonces, no tiene mucho sentido el hacer todo esto. Sí son técnicas muy buenas para mejorar la eficiencia, pero hay que aplicarlas con cuidado.

Luego, la pregunta que siempre se hace en estos casos es: ¿qué es más eficiente, peritos de parte o sólo un perito nombrado por el tribunal arbitral? Aquí hay que decir que más eficiente, pero más eficiente siempre en general, va a ser un perito nombrado por el tribunal arbitral. Pero ¿es más conveniente para las partes? No nos olvidemos que los usuarios del arbitraje son las partes, con lo cual éstas nunca lo van a querer, porque en el momento en que hay sólo un perito nombrado por el tribunal arbitral, las partes están perdiendo el control sobre el procedimiento, es decir, les están limitando el control sobre el procedimiento. Con lo cual si yo fuese parte, salvo que la pericia sólo se base en una cuantificación, que no tengas que explicar un hecho económico, podría aceptarla, pero si esa cuantificación lleva a asumir hipótesis y a explicar hechos económicos, pues, entonces, las partes no lo van a aceptar. Eso es todo, gracias.

Fausto Viale Salazar: Muchas gracias, Diego, muy interesantes tus apreciaciones. Vamos a ir ahora a la exposición del doctor Manuel Villa-García Noriega, que va a tratar acerca del uso de la prueba testimonial en el arbitraje.

Manuel Villa-García Noriega: Buenas noches con todos, muchas gracias al Centro de Arbitraje de la Católica por la invitación. Saludo a todos mis compañeros del panel, en especial a mi profesor Fausto.

Imaginémonos una empresa hidroeléctrica que tiene un túnel de 7 kilómetros por el cual pasa agua y lo que quiere es mejorar el paso, la velocidad del agua, para generar más electricidad. Contrata a unos expertos ingenieros, los ingenieros se meten al túnel y al final no consiguen que el agua pase más rápido; en consecuencia, no se genera más electricidad.

¿Qué hacemos? ¿Cuál va a ser la estrategia para ganar?, o ¿cuál va a ser la estrategia para no perder? Si estamos del lado del demandado, ¿qué pruebas vamos a aportar? Entonces, lo primero, la relación de hechos, los documentos. ¿Qué tenemos? El contrato, correos electrónicos con los ingenieros, cartas, etcétera. ¿Qué más? De todas maneras un peritaje, ¿no es cierto? Pero, ¿qué más? ¿No se preguntarán quiénes entraron al túnel? ¿Ofreceremos una prueba testimonial?

Entonces, yo quiero hacer una encuesta rápida aquí, ¿quiénes suelen ofrecer frecuentemente testimoniales? Nadie. Claro, eso es lo que responde a nuestra práctica actual, la testimonial está totalmente desacreditada porque pensamos que el testigo va a mentir, ¿no es cierto? Sin embargo, ¿qué pasa en los procesos en el *common law* y en los arbitrajes internacionales con la prueba testimonial? En estos casos tiene muchísima importancia y eso ya está llegando a nuestros arbitrajes.

No hace mucho un centro de arbitraje me notificó normas generales que van a regular un arbitraje y me dijo: «Las pruebas testimoniales que presente, las presenta por escrito y firmadas». «¿Qué?» —dije yo—; y, además, me dijo que «se aplicarán las normas de la IBA».

¿Saben qué es eso? Bueno, la IBA, para aclarar, es la International Bar Association, establecida en 1947, la organización internacional líder en el mundo de profesionales del derecho, asociaciones de abogados y sociedades de abogados, que tiene una membresía de 80 000 abogados en el mundo y que todos los años organiza cuatro o cinco grandes convenciones a lo largo del mundo.

Muy bien, entonces, estas normas que ha hecho la IBA sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional se están aplicando ya a nuestros arbitrajes locales y una de las principales diferencias es que la testimonial se debe presentar por escrito. En mi opinión, si bien es todo un cambio en lo que tenemos como esquema de lo que era la testimonial, es positivo porque va a delimitar exactamente sobre lo que el testigo

conoce de manera directa o indirecta y, por cierto, ese testigo no se salvará de la parte oral, porque será interrogado de todas maneras en la audiencia respectiva.

La segunda gran novedad es que, en nuestros arbitrajes locales, como digo, se están repitiendo las prácticas de los arbitrajes internacionales y se establece que las normas de la IBA sobre práctica y actuación de prueba son parte de las reglas de este arbitraje. Entonces, nadie puede quejarse, todos deben conocerlas si aceptan esas reglas, por cierto, porque también he participado en casos donde la parte contraria se ha opuesto tajantemente.

Ahora, ¿todos pueden ser testigos? Ésa es otra gran diferencia. Sí, todos pueden ser testigos, inclusive, la parte, lo que era también impensable, y es y sigue siéndolo —Giovanni—; en el Código Procesal Civil hay una serie de impedimentos. En principio, aquí todos pueden actuar como testigos si es que el tribunal lo permite. Ahora, ¿todos deben serlo? Ahí, mucho cuidado, ¿no? Porque hay que entrevistar a quien va a actuar como testigo, porque a veces la persona es nerviosa, puede conocer mucho, pero si lo llamamos a declarar y va a estar delante de tres árbitros con la otra parte que se va a preparar y va a establecer toda una estrategia para destrozar la credibilidad de ese testigo, entonces, mucho cuidado, mejor no lo ofrecemos porque ese testigo podría influenciar negativamente en el tribunal arbitral.

¿Cómo debe ser la declaración testimonial, que ya hemos dicho, debe ser escrita? Las reglas de la IBA en el artículo 4.5 señalan que el testigo debe declarar nombre completo; dirección; debe declarar la relación pasada o presente que haya tenido con quien ofrece esa testimonial; debe hacer una descripción completa y detallada del hecho del que ha tomado conocimiento sobre el cual va a declarar; debe manifestar y, de hecho, lo hace, en un idioma específico. Y ahí hay que tener mucho cuidado en arbitrajes internacionales, no podemos sobrnarnos, porque si hacemos la declaración en español y de repente esta prueba se va a

actuar en Estados Unidos, es preferible pedir que el interrogatorio nos lo hagan a través de un traductor, si es que no dominamos totalmente el inglés, porque si no vamos a padecer al momento de declarar.

Y, bueno, hay algo fundamental, se debe declarar sobre la verdad y la otra parte va a tratar, como digo, de quitarle credibilidad al testigo.

¿Cómo debe ser el interrogatorio? El interrogatorio va a ser un acto oral en la misma audiencia y puede tener cuatro partes: (i) examen directo; (ii) interrogatorio cruzado o, como se llama en el *common law*, *cross-examination*; (iii) redirecto; y (iv) recruzado.

Algunos, inclusive, señalan que el examen directo no es necesario, porque lo hace la parte, el abogado que ofreció la testimonial. En mi opinión, es bueno hacer el examen directo porque así el testigo se va acostumbrando —en términos deportivos, va haciendo calistenia—, porque sabe que lo bravo no va a ser la respuesta al abogado que lo ofreció, la parte brava va a venir después, responderle al abogado de la parte contraria que quiere desacreditarlo, que es la parte que se llama interrogatorio cruzado.

Luego que se da el interrogatorio cruzado, volvemos al inicio, el abogado que ofreció la testimonial puede hacer nuevas preguntas, que se llama la parte redirecta, para tratar de acomodar si es que en algo el abogado de la parte contraria lo agarró a nuestro testigo; inclusive, el abogado de la parte contraria, podría hacer una parte recruzada.

Ahora bien, del lado del abogado de la parte contraria igual implica prepararse. Yo estimo que en cualquier pelea uno se va a preparar físicamente; en un arbitraje, igual, tenemos que prepararnos y establecer la estrategia y simular varios hechos a ver cómo los solucionamos. Sin duda, si yo voy a hacer preguntas para tratar de agarrar al testigo y hacerlo caer y tratar que pierda credibilidad frente a los árbitros, debo tener un listado de temas, debo seguir, pues, una argumentación orde-

nada, las preguntas deben ser concretas y cortas, las preguntas no pueden ser abiertas porque no le puedo dar pie a que el testigo se explaye y me deje mal.

Algo que también es fundamental cuando uno ofrece el testigo —me olvidaba de mencionarlo—, es hacer simulaciones y en el estudio hay que prepararlo con posibles preguntas que le puede hacer la parte contraria y, entonces, debería venir a este simulacro un abogado del estudio que este señor nunca ha visto, para que no se familiarice y ése que nunca lo ha visto, trate de agarrarlo y prepararlo.

Finalmente, las reglas de la IBA establecen un orden para actuar las pruebas y en el caso de testimoniales se establece que primero debe empezarse con los testigos del demandante y al final con los del demandado; pero, sin duda, esto es flexible, puede ser acordado por las partes y el tribunal de otra manera. Muchas gracias.

Fausto Viale Salazar: Muchas gracias, Manuel. Gracias a todos los expositores, han sido muy claras e interesantes todas sus exposiciones.

Vamos a hacer una ronda de preguntas, que creo que va a ser casi casi la parte o final o penúltima, a cada uno de los expositores, si me permiten.

Para el doctor Giovanni Priori, que ha hablado sobre la prueba de oficio, me concreto al arbitraje, si uno está colocado dentro de la posición garantista, ¿el árbitro no le parece que está como atado de manos? ¿Qué sucede? Cuando uno es árbitro se da cuenta muchas veces de que alguna parte con la hábil asesoría del abogado está escondiendo algunos hechos o algunos documentos, y el árbitro, de alguna manera, por más limitaciones que tenga para tomar su decisión, yo creo que tiene la obligación de la veracidad. O sea, no se puede, en mi opinión, ejercer la jurisdicción arbitral —al menos en el Perú se le ha colocado en esa categoría, de jurisdicción— totalmente al margen del principio de vera-

cidad, porque puede ser —como ya hemos visto en estos últimos años de desgracia para el Perú del sistema de justicia en estos casos de Lava Jato— que a través de arbitrajes simulados —casi siempre *ad hoc*— se han creado realidades distintas.

Si han sido arbitrajes *ad hoc* es difícil que el resultado sea distinto al que ha salido, pero si tiene la mala suerte de que haya ingresado algún árbitro independiente, yo creo que tiene la obligación de ver la forma de procurarse pruebas de oficio, ¿qué piensas tú Giovanni?

Giovanni Priori Posada: Sí, a ver, evidentemente, nada de lo que he dicho se aplica para los casos de fraude, porque ahí donde existe fraude se invalida absolutamente el arbitraje, cualquier regla, cualquier pacto, el laudo, etcétera, pero con ocasión del fraude, es decir, por causa del fraude.

Los ejemplos que yo ponía era hipótesis de pactos reales, verdaderos, reales, conforme a la buena fe, etcétera; en ningún caso, por supuesto, tenía como presupuesto el fraude.

Dicho esto, hay algo de lo que, me parece, debemos partir y es que quien actúa como árbitro en un arbitraje no está obligado a ser árbitro, con lo cual si las partes han pactado ciertas reglas y el árbitro acepta ser árbitro, se entiende, entonces, que está aceptando las reglas que las partes le han dado. Si el árbitro no quiere arbitrar conforme a esas reglas, por ejemplo, típico pacto donde las partes pactan «Este arbitraje no podrá desarrollarse por más de cien días», ahí el árbitro tiene la posibilidad de decir: «¿Saben qué? En cien días yo no tengo tiempo, creo que este arbitraje no se va a conducir adecuadamente, simple y llanamente, no acepto». Pero, si el árbitro acepta, tiene que respetar el pacto de las partes.

Entonces, todo el razonamiento que creo que tú haces, Fausto, es aplicable, claro, en una hipótesis donde el juez es juez y no le queda otra

que estar ahí, no puede decir: «No me gustan las reglas, no me gusta el pacto, no me gustan las partes».

Sin embargo, el árbitro también expresa o manifiesta su voluntad de aceptar ser árbitro en ese caso y podría libremente no querer aceptarlo, o logra que las partes cambien el pacto, pero si las partes no cambian el pacto, puede no ser árbitro.

Fausto Viale Salazar: Muchas gracias, Giovanni. Doctora Charo, por favor, sobre la prueba documental, ¿qué opinión tiene respecto de la prueba documental que está en poder de terceros? Un tercero no es parte en el arbitraje, no lo vincula de ninguna forma, pero sin ciertos documentos que no conservan las partes no se va a poder decidir adecuadamente, ¿qué piensa usted?

Rosario Fernández Figueroa: Me parece que es un tema que últimamente está siendo recurrente y creo que lo va a ser más en la medida en que el arbitraje se siga fortaleciendo y los ciudadanos empiecen a preferir mucho más recurrir al arbitraje que al proceso judicial, porque lamentablemente el arbitraje tiene sus limitaciones, y ésa es una de las más clamorosas, porque de alguna manera constituye una barrera para la realización plena de una actividad probatoria, que tenga como propósito final la confrontación del hecho controvertido con una prueba que confirme o desvirtúe la hipótesis o la tesis de quien sostiene una pretensión, o quien sostiene la negación de esa pretensión.

Entonces, creo que por ahora, en tanto y en cuanto los árbitros carecen de las facultades legales de un juez que tiene otros mecanismos para suplir eso, a través de requerimientos y aplicaciones de normas que hacen verdad un hecho por mandato judicial, en la medida en que eso todavía no ocurra con los árbitros, creo que se va a tener que suplir cada día mejor con esa flexibilidad que tienen las partes y que tienen los árbitros para conducir en el proceso toda la actividad probatoria, de manera tal que utilicen mecanismos probatorios que pueden ser también

indiciarios, sucedáneos o mecanismos que de alguna manera suplan esa falta de prueba directa.

Fausto Viale Salazar: Claro, o en algunos casos de extremo ya, recurrir al auxilio judicial.

Rosario Fernández Figueroa: Claro, por eso es que en mi ponencia hablé de lo que menciona Marianella Ledesma, porque me parece que podría ser un mecanismo interesante para los efectos de prepararse antes del arbitraje con una prueba anticipada. La prueba anticipada cuenta con el respaldo de la coacción en el proceso judicial y resguarda la prueba, resguarda la fuente y, entonces, más allá que el tercero en un arbitraje quiera o no voluntariamente exhibir algo, evidentemente, en el proceso judicial lo hará bajo los apremios de ley.

Fausto Viale Salazar: Muchas gracias. Para usted, doctor Franco, aquí hemos escuchado a nuestro amigo perito, Diego Perul, que ha expuesto bastante profusamente acerca de las pericias que se llaman de parte, mal llamadas en realidad, porque «de parte» es que las presenten las partes, pero no es «de parte», todas deben ser imparciales, y los peritos nombrados por el tribunal, un poquito tratando de hacer un enlace entre ambos. Hora de tu posición, ¿cuál prefieres tú?

Eric Franco Regjo: «De parte» o «de oficio», cuando he tenido la oportunidad de preguntarles a árbitros y a jueces con mucha experiencia internacional si es que ellos, frecuentemente, para casos de construcción, por ejemplo, pedían pericias de oficio, me han dicho varios que casi nunca.

Y uno ve la práctica en arbitraje internacional y no es común que haya pericia de oficio, esto tiene que ver también con la tendencia, creo, del *common law*, que es dejar que las partes se peleen y uno observa, saca su conclusión, que es distinta de la posición del *civil law*, que es más participativa.

Eso viene cambiando también, pero, personalmente, me inclino por preferir que no haya pericia de oficio, salvo que sea estrictamente necesario y lo que sí creo que debe haber es una actitud proactiva del tribunal, en la medida en que la controversia sea compleja y la pericia sea compleja, para que las pericias sean útiles al tribunal y no solamente a reforzar la posición de una parte. Para eso hay que acordar términos de referencia donde se ponga el alcance; que la metodología sea compatible, si es que cada parte quiere aplicar una metodología que no es compatible porque le favorece a su caso, por lo menos, que también considere la otra metodología desde el inicio; y que incorpore de repente algunas preguntas, así como decía Diego, formular la pericia, acotarla sobre la base de preguntas, que las preguntas sean las mismas para los dos peritos, en vez de que cada perito responda las preguntas que quiera y después tienes el problema de que uno respondió una pregunta y el otro no respondió una pregunta. Eso me parece, si se puede hacer, más útil que la pericia de oficio.

Fausto Viale Salazar: Muchas gracias, Eric. Me acaban de avisar los organizadores que ya estamos contra el tiempo. Entonces, disculpen, lamentablemente, no puedo continuar con ustedes, pero agradeciéndoles una vez más la colaboración y a los organizadores del evento, por habernos permitido participar en este importante certamen.

MESA 9: LA HORA CERO EN LA ÉTICA DEL ARBITRAJE

*Ricardo León Pastor*¹ (moderador)
*César Guzmán-Barrón Sobrevilla*²
*Ignacio Torterola*³
*Pedro Claros*⁴
*Leysser León Hilario*⁵

-
- ¹ Doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en sociología legal en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati del País Vasco, máster en teoría legal por la Universidad Católica de Bruselas, abogado con veinticinco años de experiencia, socio fundador del Estudio León Pastor Abogados y Consultores.
- ² Magíster en humanidades y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en gestión de conflictos, *compliance* y arbitraje, árbitro y conciliador, profesor de la Universidad Católica desde hace 47 años, fue director fundador del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos. Es autor del capítulo peruano sobre anticorrupción en el libro editado este año, denominado *Anti-corruption Laws and Regulations*, y autor del libro de la colección esencial de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, denominado *Arbitraje comercial nacional e internacional*, editado recientemente en el año 2017.
- ³ Abogado y árbitro en temas de derecho internacional y arbitraje, máster en derecho internacional por la Universidad de Pisa y por la *Cornell University* de New York. Socio del estudio *GST LLP*, situado en la ciudad de Washington, ex funcionario diplomático argentino, representante de Argentina ante el Ciadi.
- ⁴ Abogado licenciado en ciencias económicas, socio codirector de la práctica de arbitraje internacional de la firma británica *DAC Beachcroft*. Tiene amplia experiencia como abogado en arbitrajes internacionales, especializado en arbitrajes de inversión.
- ⁵ Doctor en derecho por la *Scuola Superiore S. Anna di Pisa*, Italia; abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; consultor de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría; experto en derecho privado, con más de diez años de experiencia en absolución de consultas y en asesoría a clientes privados en empresas nacionales e internacionales.

Ricardo León Pastor: Buenas noches. Muchas gracias por la invitación al Centro de Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, a nuestra casa de estudios, por estas invitaciones reiteradas a este magnífico congreso, y encantadísimo de estar coordinando esta mesa con ilustres profesionales.

Entro en materia inmediatamente para hacer la introducción. Estamos acostumbrados en el Perú, lamentablemente, hoy a hablar de temas de arbitraje vinculados a un asunto que nada tiene que ver con el arbitraje en principio, que son problemas de corrupción o falta de ética. De hecho, anoche aquí yo me quedé impresionado del reconocimiento de un juez de la Corte Suprema peruana, diciendo que él se sentía avergonzado e indignado por los audios que hemos escuchado todos en las últimas semanas vinculados a problemas de corrupción y a arreglos ilegales entre consejeros del Consejo de la Magistratura, equivalente al Consejo General del Poder Judicial español, jueces de cortes superiores, jueces de la Corte Suprema, fiscales supremos, etcétera, porque eso lo que hace es minar la confianza en cada uno de nosotros y en el país para tratar de hacer las cosas bien y conducir nuestras actividades, tareas y negocios de una manera íntegra, y, lamentablemente, este problema y este ambiente de la corrupción en el Perú y la falta de ética no es un problema ni nuevo, ni actual, ni infrecuente, sino que es parte, sostengo yo como hipótesis de trabajo —y quisiera que reaccionen nuestros ponentes respecto a esta hipótesis de trabajo—, es una cuestión que es tolerada culturalmente.

De hecho, en principio, cuando hablamos de ética —nos han encargado una mesa sobre ética que es la última y de cierre en esta doceava edición del congreso de arbitraje de la universidad— hablamos normalmente de imparcialidad, independencia, probidad, veracidad, honestidad, transparencia, facultades muy hermosas todas y que deberíamos seguir como principios de trabajo. Estos principios informan todos los códigos de ética general de la función pública, en general de las empresas privadas, y también de los tribunales arbitrales y de los centros de

arbitraje en muchos lugares del mundo. Esos principios los he tomado en la mañana, recogidos de los códigos de ética del OSCE entre nosotros, de la Agencia de Contrataciones Estatales del Centro de Arbitraje de esta universidad y de la Cámara de Comercio de Lima sólo para citar tres entidades importantes en arbitraje.

Sin embargo, esto nos queda un poco lejos, me parece, con relación a lo que es parte importante de nuestro ambiente cultural y, ¿a qué me refero exactamente con «nuestro ambiente cultural», a algo como esto. Hay un audio —no se preocupen, no he grabado a ninguno de ustedes en ninguna actuación arbitraria— que tal vez refleje parte de esta cultura en América Latina, que es una cultura, me parece, tolerante en general con la corrupción o, al menos, con no aplicar reglas legales o reglas de una disciplina determinada, al momento de tratar de resolver asuntos o resolver disputas. Vamos a ver qué les parece esto. Estoy seguro de que les va a gustar porque el audio, en realidad, está sabroso. Vamos a ver.

Les voy a recomendar que escuchen esta canción, es un son cubano, grabado en el año 1949, del famoso dúo *Los Compadres*. En esta canción, *Los Compadres* hacen un argumento —búsquenla, por favor, cuando tengan tiempo—, *Los compadres* dicen que no se han muerto, sino que están aquí y se van a quedar por mucho tiempo, y es lo que me parece que suele pasar en América Latina, al menos, hay un grueso problema vinculado a dos cuestiones, por mencionar, simplemente, dos faltas de ética.

Una es el «compadraje», ojo que, según la Real Academia Española, no es el «compadrazgo», el «compadrazgo» es la definición de la relación de vínculo espiritual de dos personas, una que termina siendo padrino o madrina del hijo de otra persona, con quien no hay un vínculo natural familiar. El «compadraje», según la Real Academia Española, es la unión o concierto de varias personas para alabarse o ayudarse mutuamente. Esto no tendría ningún problema, siempre y cuando esa ayuda

no interfiriera con alguna cuestión vinculada a principios como la transparencia, la independencia, la imparcialidad o la integridad. Una cuestión general para el panel, para quien quiera asumir una elaboración al respecto, es si consideran, al menos los invitados nacionales, que en el país tenemos ese tipo de problemas de compadraje en los arbitrajes, sea compadraje al interior de un tribunal, sea compadraje entre las partes que designan a miembros del tribunal y a estos tribunales, que desvirtúa completamente la función de ética del tribunal.

El otro problema, muy similar, es el del «amiguismo». Según la Real Academia, «amiguismo» es la tendencia o práctica de favorecer a los amigos, en perjuicio del mejor derecho de un tercero. ¿Hay amiguismo en el arbitraje local? ¿Hay estas relaciones entre los miembros del tribunal? ¿Hay este concierto entre ciertos grupos de profesionales que suelen designarse muy frecuentemente entre ellos, para designar al siguiente amigo presidente y, después, conjugando el verbo, en el siguiente tribunal; pues, será otro de los mismos amigos. «¡Oh, sorpresa! ¿El presidente?, etcétera; y, ¿esto compromete las funciones éticas y los principios éticos de imparcialidad e independencia de los tribunales?».

Mi argumento consiste en que estas cosas son parte de nuestra cultura, pero son muy conflictivas en el momento en que uno debe cambiar de regla para poder resolver con base en la independencia, imparcialidad e integridad. Pero estas cosas serán materia, seguramente, de los comentarios de nuestros panelistas.

¿Qué advertencias, qué protocolos y qué remedios podrían sugerir nuestros panelistas para lograr la ansiada integridad, independencia, transparencia e imparcialidad? Básicamente, las ponencias van a ir en torno a estos problemas, y a uno central que es la negación de la imparcialidad por la producción de un conflicto de interés.

Entonces, vamos a hacer lo siguiente. Vamos a dar quince minutos a cada uno de nuestros panelistas. Primero, vamos a empezar por la

esfera internacional, uno de ellos va a comentar el asunto vinculado a la imparcialidad en tribunales de inversión y otro va a elaborar sobre conflictos de interés o imparcialidad en el entorno de una comparación, que creo que va estar muy interesante, entre arbitraje de inversión y arbitraje comercial internacional, para luego pasar a nuestros panelistas locales y uno de ellos va a elaborar sobre prácticas, digamos éticas, según estándares muy contemporáneos como el *compliance*; y otro va a trabajar y a elaborar sobre cuestiones vinculadas a la arbitrabilidad de cláusulas anticorrupción.

Ya han sido presentados, así que simplemente dejo en el uso de la palabra a Ignacio Torterola, quien trabajará el análisis de la ética en el arbitraje de inversión.

Ignacio Torterola: Buenas tardes. Para mí, como siempre, estar en Perú es un gusto, los argentinos y los peruanos tenemos muchas cosas en común, mucha historia en común. Y muchas gracias también a las autoridades de la Universidad Católica, del centro de arbitraje, por la invitación.

El tema del cual me pidieron que hable es la ética en el arbitraje de inversión. En el fondo, como primer punto, quiero decir una cosa, tratar de diferenciar la ética en el arbitraje de inversión con la ética en el arbitraje comercial. Una de las diferencias que tienen los arbitrajes de inversión es la participación del Estado y del Estado actuando como persona con el imperio del Estado, al menos en las fechas que dan lugar al arbitraje, con lo cual, muchos de los principios que voy a estar refiriendo son de arbitraje internacional en general y no necesariamente específicos del arbitraje de inversión, aunque el arbitraje de inversión sí nos da algo que es muy interesante, la publicidad que nos permite conocer las decisiones, y muchas veces encontramos libros de arbitraje comercial internacional que están contruidos exclusivamente en función de decisiones de arbitraje de inversión, porque el arbitraje de inversión es público, mientras que el arbitraje comercial no. Digamos que eso

sería para toda una charla separada del tema, pero hay ciertos componentes de publicidad y hay una práctica de publicar los laudos, mientras que, en el arbitraje comercial, ustedes saben muy bien, el principio que prima es el de la confidencialidad.

Entonces, el arbitraje de inversión de alguna manera nos permite mirar dentro de lo que está pasando en determinados casos, que a veces el arbitraje comercial no nos permite.

La primera cuestión con la que quiero empezar es una experiencia personal, y les voy a contar tres o cuatro situaciones de faltas éticas, en mi opinión, que me ha tocado sufrir como abogado de la otra parte; y después vamos a analizar esas situaciones a través de las directrices de la IBA, de la International Bar Association, para ver cómo existen ya, ciertos principios para el tratamiento. Luego voy a analizar dos sentencias que han trabajado estos principios y que han tratado de encontrar una solución.

Entonces, les cuento algunos de estos casos que me han pasado personalmente, y les diría, en el último año. Un caso en el que un testigo a quien le estoy haciendo una examinación y que reconoce determinadas situaciones termina el día de audiencia, se va, está supuestamente secuestrado y no tiene que hablar con sus abogados, al otro día vuelve y dice exactamente lo contrario en las preguntas directas, que se hacen luego de la examinación. No quiero decir nombres, pero está inclusive reflejado por el tribunal que intervino en el caso, y en todos estos casos estoy hablando de estudios de primerísimo nombre, respecto a los cuales nos sacaríamos el sombrero y que aparecen como si fueran grandes instituciones del mundo anglosajón. Por eso, si hay algo que me voy a permitir es decir que no nos golpeemos tanto el pecho los latinoamericanos, yo sé que ustedes están pasando por un momento difícil, pero no somos los únicos pecadores.

Entonces, vamos al segundo caso. Fíjense en este caso, el nivel de gravedad. Se lleva adelante todo el procedimiento, se llega a la audiencia final, una audiencia que discutía sobre la jurisdicción y el mérito. La noche antes de los alegatos de cierre —generalmente un arbitraje de inversión es un arbitraje muy grande, que se lleva una semana en la audiencia y a veces más—, la noche final antes del alegato de cierre apareció un nuevo documento por la parte demandante. Dicen: «Surgió del interrogatorio de un testigo esta tarde que podría existir tal documento, fuimos, lo buscamos y encontramos este documento», y el documento revertía ciento por ciento la jurisdicción del tribunal, digamos, de ser verdadero el documento, revertía ciento por ciento la jurisdicción del tribunal y nuestro cliente perdía el caso.

Uno de mis socios, que es más intrépido que yo, al que le tocaba el tema, sostuvo que el documento era falso. Los abogados de la otra parte no nos saludaron al final de la audiencia porque los habíamos acusado de falsedad. El tribunal, con gran nombre, ordena un procedimiento de investigación del documento sobre su validez y les estoy hablando de una firma de súperprimer orden en el mundo. Luego de seis meses de investigación, un experto inglés encuentra que el documento es falso y que fue creado la noche anterior por uno de los abogados del estudio que representaba a los demandantes.

El tercer caso, un abogado haciendo un alegato sobre la nacionalidad de mi cliente, y dice: «No, porque esta persona es como mi esposa, tiene tal nacionalidad, pero vive conmigo en Washington y, entonces, vota en la embajada, y estuve charlando con la demandante y ellos me comentaron que también ellos votaban en la embajada». Entonces hice algo que no me gusta hacer, que es interrumpir el alegato del otro abogado, y dije: «Discúlpeme, ¿está eso en el récord?, ¿de que votan en la embajada?». No estaba en el récord que votan en la embajada. «No, no, no, no está en el récord, lo retiro». Pero si uno no lo cuestiona, eso determinaba la nacionalidad de nuevo, del inversor.

Cuarto caso. Un estudio, la mejor firma de arbitraje internacional del año 2016, —pueden buscarlo, salió ranqueada la mejor firma de arbitraje internacional—, era un procedimiento de recolección de evidencias de una mina de cobre en un país de Asia, para volver a hacer todo el estudio de flotación de los minerales y saber cuál era el contenido de la mina, cuál es el valor de la mina. Hubo una serie enorme de objeciones y de procedimientos que los estuvieron preparando por meses, y durante la recolección, después de todas las operaciones, vemos cómo una de las personas nombradas por ellos se está robando minerales de la mina. Por cierto, lo que se está robando no es el valor del mineral, pero es un pedazo, la prueba fundamental de la única exploración que había habido debajo de los 380 metros y que era la que servía para determinar cuál era el valor de la mina en su segunda parte de explotación. Y aparece en la grabación, se le está filmando, etcétera, y la persona esta luego reconoce que lo hace con instrucciones de sus abogados.

Entonces, cuatro casos que me han pasado en el último año o año y medio. Entonces, la pregunta es, ¿qué se hace en estos casos? Porque el problema con el que nos encontramos son los distintos sistemas jurídicos y la pertenencia a distintas barras de abogados. Entonces, ¿quién controla el comportamiento ético del abogado haciendo arbitraje en un arbitraje internacional? ¿Lo controla la barra de New York, donde están estos abogados?; uno de estos abogados es austriaco, ¿quién lo controla? ¿Lo controla la barra de Austria? El de la falsificación del documento es mexicano, ¿quién controla a este señor que es mexicano? Entonces, ésa es la cuestión general para plantearles cuál es la experiencia en el arbitraje de inversión, y mi experiencia personal.

En esa búsqueda creo que las directrices de la IBA sobre representación en el arbitraje internacional nos dan una buena ayuda y pensaba que, de paso, debo dar gracias a la Universidad Católica porque estos momentos nos ayudan a reflexionar, además, y volver a revisar una serie de cosas y, sin duda, en mi próximo arbitraje voy a pedir que las direc-

trices se incluyan. Las directrices no son obligatorias, las directrices son por acuerdo de las partes, son de características contractuales.

Quiero leer dos o tres principios de las directrices, contarles cuáles son los principios. Otra cuestión es la identificación, dice en las directrices de quién es el abogado de parte y cuál es su rol dentro de la audiencia. Vamos a ver por qué me refero a esto. La misma directriz dice que en el caso de que haya una violación por parte del representante legal de una parte, éste puede ser removido del arbitraje. ¿Recuerdan lo que les dije del abogado diciendo: «No, porque mi esposa también tiene doble nacionalidad»? ¿Qué dicen las directrices? Que el representante de parte no debe hacer, a sabiendas, ninguna declaración de hecho falsa ante el tribunal.

Después, las directrices también tienen normas sobre la revelación de información, que ésta es una cuestión para nosotros, abogados latinos, más difícil, que son estos famosos *discoveries*, que es pedirle a la otra parte que presente ciertos documentos y, en nuestra tradición, los documentos de prueba son los que las partes llevan al arbitraje, mientras que en el sistema americano, está tratar de sacarle a la otra parte, en el sistema anglosajón, los papeles que me puedan llegar a servir y que no están a mi disposición.

Entonces, establecen una serie de reglas de cómo comportarse frente a esa cuestión y un punto final que es que también hablan de cuál es la conducta ética del representante de la parte respecto a un experto, y el principio es que el representante de parte no debe invitar o incitar a un testigo a dar pruebas falsas. Incluso, finalmente, nos lleva a las sanciones, y ¿cuáles son las sanciones? Que es otro problema que tenemos en el arbitraje, la sanción, el árbitro tiene un poder de policía muy limitado, entonces, tiene que ser o una amonestación o hacer inferencias en el arbitraje o considerar que la conducta ha sido indebida e imponer costas, pero más allá de esto, el árbitro como tal no puede, entonces,

las directrices nos sirven. Todavía me sigue preocupando realmente si podemos alcanzar la verdad objetiva en los procedimientos.

Finalmente, para ir casi cerrando, les quiero contar dos casos donde estas cuestiones se han puesto en práctica. Entonces, estos casos son mi pequeña contribución para ustedes, más allá de cuáles son mis pensamientos sobre las cosas.

Hay un caso que se llama —y es bien difícil de escribir— Hrvatska Elektroprivreda contra la República de Eslovenia. Le voy a facilitar la información al que le interese; básicamente en este caso lo que pasó es que introdujeron tardíamente en el arbitraje a un abogado en uno de los equipos representantes de una de las partes que trabajaba en el mismo estudio de abogados que el presidente del tribunal arbitral. Básicamente, lo que esta decisión dice —y esto es anterior a las directrices y está hoy regulado por las directrices— es que el tribunal tiene que decidir y el tribunal decidió apartando a esa persona. Es un poco más complejo, no era un estudio de abogados, sino lo que se llama *chambers* inglesas, que son una serie de profesionales trabajando conjuntamente, pero, básicamente, el tribunal tuvo que decidir entre mantener la composición del tribunal arbitral o permitir la participación de ese abogado, y lo apartó.

Y, finalmente, un último caso interesante. Éste es un caso que se llama Lao Holdings contra Laos. Acá, los abogados de un estudio muy reconocido internacionalmente hicieron argumentos frente al tribunal, donde dieron por cierto un documento que no era cierto, y el tribunal terminó imponiéndoles las costas del procedimiento, que fueron de seis millones de dólares, a la parte que había perdido.

Mi opinión es que todavía las costas de seis millones de dólares es poco y no es suficiente. Ustedes me van a decir: «Ah, pero Torterola, seis millones de dólares, si son como dieciocho millones de soles o veinte millones de soles»; sin embargo, para los montos que se discuten en

arbitraje de inversión, los seis millones de dólares no son sanción suficiente, no son sanción suficiente porque si esa evidencia hubiera pasado a este Estado, a Laos, le hubiera costado 200, 300, 400, 500 millones.

No voy a decir más, un caso de éstos, similar, lo han tenido ustedes acá en el Perú. Entonces, ése es el tipo de sanciones y ésa es mi preocupación, y, como dije al principio, no solamente acá en Perú se cuecen habas. Gracias.

Ricardo León Pastor: Muchas gracias, Ignacio. Ahora, Pedro Claros nos va a hacer una presentación sobre el análisis de la ética en el arbitraje. Conversamos un poquito por correo hace unas horas, va a intentar hacer una aproximación comparativa entre la ética en el arbitraje de inversión y la ética en el arbitraje comercial internacional.

Pedro Claros: Muchas gracias a todos, y siempre es gusto y un placer estar en el Perú. Agradezco enormemente a la Católica, no es la primera vez que me encuentro en este foro, y agradezco siempre a la Católica por la oportunidad que brinda en este congreso.

No sé si hay una contradicción de principio, porque el doctor Torterola comentaba que no hay tanta diferencia entre el arbitraje de inversión y el arbitraje comercial. Yo mantengo una tesis que introduciré más tarde sobre las consideraciones de independencia e imparcialidad arbitral en el contexto no sólo de arbitraje de inversión, sino en aquellos arbitrajes en los que se discuten o están en juego intereses públicos.

Dicho lo cual, y como reacción a la presentación, que prometo ya escuchar el audio que nos tenías preparado, me he quedado con el interés y con las ganas, me resisto a considerar que nosotros tengamos un sesgo cultural o una tendencia permisiva especial por razones culturales a las faltas de integridad o faltas éticas, más allá de la función arbitral, incluso, en la política, etcétera. Quizá los hechos nos contradigan constantemente, pero, en general, yo me resisto a considerar que

nosotros tengamos una inclinación cultural como latinos —yo siempre digo que los españoles somos los primeros latinos, con permiso de los italianos—, que tengamos cualquier tipo de inclinación cultural, yo estoy absolutamente de acuerdo con lo que dice el doctor Torterola, de que efectivamente en todos lados cuecen habas y no solamente aquí en el Perú, evidentemente.

En este sentido, siempre es bueno introducir cierta perspectiva. ¿Existe compadraje y amiguismo en el arbitraje comercial y de inversiones? Mi reacción a esa pregunta, en general, es que sí, tenemos que admitirlo; igual que digo que no por el hecho de ser latinos, vamos a tener una inclinación cultural a faltas de comportamiento ético. ¿Existe el compadraje y el amiguismo? Sí, existe; y, ¿el compadraje y el amiguismo encuentran los resquicios por los que filtrarse? Sí, creo que sí, y creo que eso ocurre en todas las latitudes, también ocurre en Estados Unidos y también ocurre en el Reino Unido; yo trabajo, como se me ha presentado, en una firma británica.

Entonces, si me permiten, voy a hacer unas reflexiones absolutamente generales, no voy a entrar en casos concretos, como ha hecho el doctor Torterola, pero habrá ocasión para la discusión. Desde luego, si me permiten, y entiendo que el tema habrá sido referido en jornadas anteriores, voy a verter reflexiones sobre el caso Odebrecht, que ustedes conocen mejor que yo, y si me permiten, hago estas reflexiones con absoluta ingenuidad y desconocimiento. En este sentido, sí que puedo decir como español que es desde la barrera, yo como practicante español, quizá pueda ver los toros desde la barrera.

Y, en este sentido, las directrices, ese *soft law* al que se ha referido anteriormente el doctor Torterola, por vía de clarificación, si quieren, esas referencias que ha hecho el doctor Torterola son las directrices de la IBA sobre representación de parte en arbitraje internacional. Uno típicamente cuando aborda las cuestiones de ética, la referencia siempre obligada son las directrices de la IBA sobre conflictos de interés en ar-

bitraje internacional, son unas reclamaciones que, bueno, datan incluso de fechas anteriores, del año 1987, hay una primera introducción de estas consideraciones por la IBA, un primer ejercicio; posteriormente, hay unas reglas del año 2004; y, hay una última revisión en el año 2014.

Pero en el año 2013, esas recomendaciones que van más específicamente dirigidas a árbitros, se complementaron con unas directrices sobre el comportamiento de los abogados, como ha dicho el doctor Torterola, y que son estas directrices de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional.

Pues en este segundo juego de reglas es donde se abordan, como digo, cuestiones éticas en el comportamiento de los abogados y, en ese sentido, se reconoce absolutamente como una práctica internacional extendida y acorde, que los abogados de parte pueden tener comunicaciones *ex parte*, pueden tener comunicaciones privadas, con los coárbitros que han designado, a efectos de selección de presidente. Igualmente, los coárbitros que han sido designados por las partes pueden confiar y, yo diría, no sólo que pueden, sino que deben conferenciar, deben reunirse y hablar entre ellos para la elección del presidente. Eso es algo absolutamente normal y absolutamente estandarizado.

Luego ya las formas en las que se puede hacer esto pueden variar e, incluso, se pueden admitir usos nacionales, y esto es entendible. Incluso, a veces, los coárbitros designados por las partes intercambian listas de potenciales presidentes, sería absolutamente acorde con la práctica que los coárbitros intercambien esa información conducente a la constitución del tribunal arbitral con las partes que los han designado, típicamente con los abogados de las partes que los han designado. Si se quiere simplificar este trámite, uno diría que si hay una reunión de las partes y de los coárbitros designados por las partes para buscar a un presidente, esa práctica, en principio, podría ser absolutamente acorde con el estándar internacional.

Digo esto porque siempre que hay cualquier tipo de imputación penal, y yo creo que uno debe partir de la premisa básica y fundamental de cualquier sistema de justicia en general y de justicia penal, en particular, de la presunción de inocencia, evidentemente, y del entendimiento de estas prácticas y estándares internacionales que a lo mejor pueden tener una aplicación práctica en determinados usos nacionales que en principio están incluso reconocidos, como digo, por las directrices de la IBA sobre representación de parte.

Hecha esta clarificación, quiero ahora referirme a las directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional, que son típicamente y tradicionalmente las que siempre se comentan en los temas sobre ética en el arbitraje, y ustedes supongo que están familiarizados, saben que esas directrices establecen un listado rojo, un listado naranja y un listado verde, casuísticos, para servir a modo de guía ejemplificativa de los supuestos en los que el listado rojo no permite fungir como árbitro; en el listado naranja cualquier candidato árbitro o cualquier árbitro debe realizar una revelación, debe informar a las partes de la concurrencia de esas circunstancias; y, un listado verde en el cual, en principio, no habría ningún tipo de cuestionamiento e, incluso, el árbitro o candidato a árbitro no tendría por qué revelar ningún tipo de información a las partes.

En ese listado verde es donde se incluyen, por ejemplo, circunstancias tales como pertenencia a asociaciones profesionales, participación en eventos como éste, participación en paneles, en presentaciones, etcétera. Y, la verdad, yo diría que las directrices han servido bastante y se usan en la práctica y son referencia; en la práctica, uno siempre acude rápidamente, y los tribunales en España, por ejemplo, han hecho referencia constante a estas directrices cuando han tenido que resolver cualquier cuestión de independencia e imparcialidad.

Yo diría que el amiguismo a veces se filtra por estas circunstancias que a veces están en el listado verde y, ciertamente, se ha hablado de

amiguismo y de compadraje. En España, a veces se usa el término «ascensorismo», en el sentido de que «yo te nombro para luego tú me nombres en otro arbitraje». En algún artículo sobre el tema se ha usado esta expresión de «ascensorismo», «yo te nombro para que tú me nombres». Ese tipo de amiguismo, si queremos, ciertamente yo creo que a veces se filtra en algunas de las circunstancias que hoy por hoy en las directrices de la IBA están en el listado verde, y creo que, en este sentido, uno debe reflexionar; ciertamente, estas directrices de la IBA, como dije, que tienen un origen que data del año 1987, posteriormente de una revisión que se hizo en el año 2004, estaban inicialmente concebidas para el arbitraje comercial, para el arbitraje entre privados, para resolución de disputas sobre materias disponibles *inter privatos* y donde se juegan únicamente intereses privados.

Yo, por eso, y ésta es la tesis que sostengo, que mantengo y que les propongo, considero que en aquellos arbitrajes en los cuales hay en juego intereses públicos, particularmente en el arbitraje de inversión, donde uno típicamente a veces tiene que se están enjuiciando y se están cuestionando medidas regulatorias de carácter general, políticas públicas, a veces de carácter absolutamente general, uno debería, y creo que todos deberíamos, aspirar a un estándar incluso más exigente, a un estándar incluso mayor que al que hoy por hoy nos proporcionan las directrices de la IBA sobre conflictos de interés. Yo, por eso, Ignacio, sostengo que, por ejemplo, en el terreno del arbitraje de inversión, las directrices de la IBA se quedan cortas y que uno debería ir, incluso, más lejos, ser más exigente.

Además, y Perú quizás sea un ejemplo palpable de esto, pero no solamente, creo que actualmente los tiempos nos están exigiendo, de alguna manera, esto. En ese sentido, y si me permiten, aquí voy a introducir cierta perspectiva europea. Como saben, hay todo un revisionismo — en gran medida generado desde el seno de la Comisión Europea— hoy por hoy en materia de arbitraje de inversión, y hay un revisionismo general del sistema de arbitraje de inversión, y hoy por hoy la propuesta

que la Comisión Europea plantea y que está poniendo por encima de la mesa es el establecimiento de una corte permanente de inversiones, precisamente para evitar que en materia de arbitraje de inversiones se hagan designaciones de árbitros por las partes y que se dé lugar, pues, precisamente, a la posibilidad de que las partes puedan intervenir en la Constitución del tribunal arbitral.

Hoy por hoy, como digo, ésta es la propuesta de la Comisión y creo que lo que conviene aclarar es que lo que la Comisión Europea tiene en mente es que a partir de ahora los árbitros que decidan las disputas de inversión tengan un perfil mucho más *ius publicista*. En ese sentido, pues, que sean jueces retirados, funcionarios públicos que han servido a la Administración Pública con carácter general, están pensando en ese tipo de árbitros, en ese perfil de árbitros. Incluso, en algunos de los tratados que ya ha negociado la Unión Europea se han introducido previsiones específicas sobre posibles o potenciales listas de árbitros que deben cumplir esos requisitos.

Yo diría que vivimos quizá movimientos pendulares y que en esto las leyes de la dinámica se terminan imponiendo, y que después de una época de cierto expansionismo arbitral, seguramente, digamos, ahora nos toque vivir una fase de recoger velas y que seguramente la Comisión Europea va a trabajar intensamente en los próximos años hacia esta dirección. De hecho, se está proponiendo la negociación de un convenio internacional para la constitución de este tribunal permanente de inversión.

Yo creo que lo que conviene es encontrar un balance, un equilibrio siempre. Entonces, ni los árbitros designados por las partes son corruptos, ni seguramente un perfil de juez retirado sea el más acorde para decidir disputas internacionales de inversión. Por eso yo creo que hay que introducir cierto balance en este debate y en este revisionismo general que se predica desde Europa.

En general, yo diría que los revisionismos generales del sistema, los cuestionamientos generales del sistema, más allá del reconocimiento de críticas absolutamente legítimas, deben matizarse y ponderarse tanto desde el punto de vista europeo, por ejemplo, como lo está haciendo la Comisión, como quizás, y eso ustedes me lo pueden decir, como se pueda estar planteando internamente aquí en el Perú, después de los casos, por ejemplo, éste que se ha mencionado de Odebrecht o cualesquiera otros en los que se pueda hacer un cuestionamiento general del sistema.

Entonces, como digo, en todos lados se cuecen habas y, digamos, los problemas éticos del arbitraje no son peculiares del Perú ni mucho menos, como digo, están en todos lados, incluso, la Comisión Europea está haciendo este tipo de cuestionamientos hoy por hoy, con lo cual, creo que enfrentamos tiempos difíciles seguramente, en los cuales se impone un balance en esta tendencia de revisionismo general. Eso es todo por hoy, muchas gracias.

Ricardo León Pastor: Gracias, Pedro. Ahora toca la participación de César Guzmán-Barrón, quien nos va a decir sus reflexiones sobre los retos de la ética en tiempos modernos del arbitraje, con particular incidencia en la técnica del *compliance*.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Yo sé que estamos llegando al final, sé que, además, todos estamos agotados; sin embargo, creo que estamos agotados de escuchar que vivimos en un país lleno de corrupción y, frente a ello, hay que encontrar respuestas valientes, hay que encontrar respuestas adecuadas y creo que sí bien es cierto que en todas partes se cuecen habas, las habas, en este momento, las conocemos a raíz de las famosas aperturas de investigación. Ésta es la realidad que estamos viviendo hoy día, las decisiones que tienen que tomar nuestras cortes de arbitraje, consejos superiores de arbitraje, últimamente, sobre varias recusaciones que se han dado nos han puesto en la mitad de decisiones que responden a situaciones sumamente difíciles.

Yo creo que hoy en día el Perú en materia de arbitraje está viviendo una hora muy especial. A esta mesa la han llamado «La hora cero», pero yo no sé si será la hora cero para que el arbitraje termine o para que el arbitraje recomience con nuevas luchas, con nuevos auges.

Pero, sinceramente, los peruanos sentimos muy de cerca lo que estamos viviendo hoy en día. Yo quería presentar algunos cuadros, que ustedes seguramente van a conocer, respondiéndome a una pregunta, porque originalmente pensábamos con Ricardo en preguntas y respuestas, entonces, yo me voy a hacer la pregunta y me la voy a responder.

Comenzamos por preguntarnos, ¿cuál es la situación del arbitraje en el Perú? No voy a hablar de más, porque yo creo que eso como que nos hace sentir mal a nosotros los peruanos; sin embargo, quiero mostrarles este cuadro, que creo que todos conocen, es un índice al 2017, el Perú está en la lista 96 de mayor corrupción en el mundo; por lo menos, yo creo que ese campeonato lo estamos ganando, aunque no hemos ganado el campeonato mundial, en éste sí estamos primeros. ¿Nos sentimos orgullosos por ello? Estoy absolutamente seguro de que todos los que estamos aquí no nos sentimos orgullosos, nos sentimos más bien con pena, nos sentimos con desilusión y quisiéramos hacer algo.

En lo que respecta al índice de percepción de corrupción, que es diferente, el índice de percepción, y también ahí estamos en una relación muy vaga, bajamos del 101 al 96, lo cual significa que, efectivamente, lo que sucede en nuestro país es que vivimos una etapa muy difícil donde nos estamos acostumbrando a hablar de la corrupción. La pregunta que nos haríamos es, ¿y qué hacemos frente a ello?

La situación actual en el Perú nos hace pensar que la corrupción es un mal sistémico enquistado en todos los estratos de la sociedad. Al presentarme dijeron que yo he escrito un capítulo sobre la anticorrupción en el Perú y es verdad, el libro acaba de llegarme hace una semana. Ahí he puesto expresamente que nuestro país es corrupto, discúlpame

Pedro, desde la llegada de los españoles. Y ¿por qué? La primera corrupción que se hizo en el Perú fue cuando nuestro conquistador llegó a Cajamarca y le ofreció al inca que le llenara de oro una casita y a cambio de eso lo liberaba. ¿Qué es eso? Ustedes dirán que es eso. Evidentemente, él lo llenó y al día siguiente lo desaparecieron del mapa y se quedaron con el oro.

Pero pasó antes, porque si los incas decían que no había que mentir, que no había que engañar, etcétera, era porque sí se hacía, porque si no, no dirían que no se haga, ¿no es verdad? Entonces, es algo que está, lamentablemente, un poco incorporado a nuestro ser y no me refiero sólo a los peruanos, sino esto es en el mundo. El otro día veíamos una presentación que nos hicieron sobre estos temas de corrupción en el mundo y, efectivamente, estamos en niveles muy elevados.

Se ha generalizado en nuestro país como una cultura de vida, desde el ciudadano de a pie hasta los presidentes encargados de la gobernabilidad. Fui invitado hace unos meses o hace un año a hablar sobre la corrupción en el Perú y cómo enfrentarla, se presentaron varios países del mundo y en esta reunión fue muy curioso el amigo de Guatemala, que se paró —yo no lo quisiera hacer ahora, pero lo podemos hacer— y preguntó: «Levante la mano aquél que en algún momento no ha pagado una decisión; levante la mano quien no ha pagado a un policía; levante la mano quien no se coló en una cola; levante la mano quien, en consecuencia, también es corrupto».

Tal es el caso, creo que todos conocemos, no voy a insistir en él, de la operación Lava Jato, que reveló una organización corrupta de empresas montada para sobornar a las altas esferas gubernamentales en América Latina y, entre ellos, al Perú, con el fin de evidentemente ganar contratos públicos millonarios.

El puesto 96 de la situación actual en el Perú, este cuadro no se ve demasiado, pero ahí están todos los procesos en los cuales ha habido corrupción en nuestro querido país.

La siguiente pregunta —por razones de tiempo paso de la primera porque creo que es obvio para todos nosotros— es: ¿en qué medida ha afectado o ha incidido la corrupción en el arbitraje en el Perú? Se supone que Ricardo me iba a preguntar y yo iba a responder, ahora me estoy haciendo la pregunta yo mismo, ¿en qué medida ha afectado o ha incidido la corrupción en el arbitraje en el Perú?

Todos conocemos esta situación que es el caso emblemático, al cual Pedro ha hecho mención, que dijo que él mira desde la barrera de los toros, y los toros somos los que estamos aquí, los que tenemos que torear esta situación, que es el caso emblemático de Odebrecht, lo ponemos como ejemplo porque podría haber muchos más, es el más conocido, todavía no se sabe qué ha pasado con otras empresas en relación con el arbitraje.

Ustedes ven ahí todas las concesiones de la Carretera Interoceánica Perú-Brasil, IIRSA, los momentos en los cuales se decidieron, los montos que se trabajaron y el total de 4600 millones de dólares de sobrecostos. Esto pasó, no está todavía directamente en el arbitraje, pero ¿por qué decimos que está en el arbitraje? Por lo siguiente. Hubo a raíz de este caso 42 arbitrajes y eso creo que lo sabemos todos, Odebrecht ganó 35 de los 42, el Estado, 7, o sea, no perdió el Estado, por lo menos ganó siete. Lo interesante es saber que Odebrecht ganó más de 250 millones de dólares y también que el Estado no recibió hasta hoy ni un centavo de los laudos que ganó. Entonces, ¿qué ganó? Papeles; y ¿qué perdió? 250 millones de dólares.

Ésa es la realidad. No estoy dando nombres ni los voy a dar, porque no creo que sea el caso, pero sí es importante ser absolutamente conscientes de que vivimos en un país donde el arbitraje, lamentablemente,

se tiñó de corrupción. Ahí está la fuente, no es mi fuente, es la fuente que todo el mundo conoce y que todo el mundo sabe.

¿Qué pasó? Nosotros creemos que lo que pasó es que se dio una serie de apariencias de contratos de obra y apariencias de legalidad en los contratos de obra, apariencias donde muchos participaron directamente, sean funcionarios del Estado, sean funcionarios de las empresas, etcétera. Luego del soborno se utilizan mecanismos legales que blindan de una aparente legitimidad en contratos públicos de obra de empresas corruptoras, que realizan lo siguiente. Hemos tratado de graficar los pasos que se han seguido en este blindaje de legalidad de los contratos de obra.

En primer lugar, la elaboración del expediente técnico, donde ya se utilizan, como ahí señalo, mecanismos legales que blindan de una aparente legitimidad al contrato asignado. Un segundo momento es cuando ya se suscribe el contrato, una vez que se ganó la licitación. Un tercer momento es el de vinculación con la supervisora, se obtiene de esa manera los famosos sobrecostos. Un cuarto momento en donde hay adendas a los contratos, las famosas adendas de montos adicionales. Finalmente, los arbitrajes que ordenan mayores pagos y otorgan legitimidad al proceso y que, además, están absolutamente blindados, ¿verdad?, porque ahí no hay responsabilidad del contratista; y, finalmente, responsabilidad de árbitros que, legitimados por su autoridad, autoridad que le da nuestro país en su Constitución, toman decisiones que ya conocemos.

¿Qué nos genera esta situación? En mi opinión, retos y oportunidades. En primer lugar, creo personalmente que la reforma del ordenamiento jurídico no es lo que necesita el Perú, nosotros creemos que con leyes cambiamos las cosas, honestamente yo creo que no. Es un tema nuestro, es un tema de nuestra ética, es un tema de nuestra coherencia entre lo que decimos y lo que hacemos. Una norma perfecta en manos de operadores deshonestos nunca cumplirá con su finalidad; levantare-

mos la valla para ser árbitros y los deshonestos tendrán la forma de serlo; fijaremos nuevas condiciones, códigos de ética, reglas, etcétera, las reglas IBA que, por cierto, en el caso nuestro han sido inspiradoras de las reglas del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, porque si ustedes ven todas reglas que ahí se señalan, siguen a la IBA.

¿De qué están sirviendo esas reglas? Personalmente, tengo muchos cuestionamientos a la existencia de los códigos de ética, pero es bueno que existan, ¿verdad? Por ello, las soluciones, en mi modesta opinión, deben estar encaminadas a mejorar lo siguiente. Primero, la integridad. ¿La integridad qué cosa significa? Hacer lo que decimos, integridad entre lo que pensamos y nuestros sentimientos. Segundo, la institucionalización de las autoridades públicas, es decir, el empoderamiento. Y en tercer lugar, la concientización nuestra, de la población, sobre los daños irreparables de la corrupción y los beneficios socioeconómicos de una ética profesional y empresarial.

¿Quiénes son los llamados a cambiar esta situación? Modestamente creo lo siguiente. Son los principales actores de los procesos arbitrales. ¿Cuál es el principal actor o uno de los principales actores? Los centros de arbitraje, porque nuestros amigos Pedro e Ignacio deben conocer que aquí en el Perú existe, pues, el arbitraje de contrataciones del Estado, que es obligatorio, pero en segundo lugar, además, hay una norma vigente, espero que siempre y espero que no sea hasta hoy, en la cual se establece que solamente habrá arbitraje institucional, casi en la mayoría de los casos, para lo que es arbitraje en contrataciones del Estado.

Hoy día sabemos que corre peligro que se derogue porque fuerzas internas, no voy a mencionar más, están tratando que se derogue. Eso, simplemente, es ser absolutamente deshonesto, eso es no defender aquello que es defendible, en la medida en que los centros de arbitraje, efectivamente, se acrediten.

¡Qué curioso! Las reglas de acreditación de los centros de arbitraje ya están establecidas, pero ¿saben por qué no acredita el OSCE los centros de arbitraje? Porque no hay TUPA, o sea, lo que establece una ley, un reglamento, unas reglas no se puede aplicar porque no hay TUPA. En consecuencia, nosotros, o el centro, en general, yo ya no soy director del centro, como ustedes lo saben muy bien, no se puede acreditar el Centro de la Católica, el centro de la Cámara de Comercio, etcétera, porque no hay TUPA.

Y, ¿cuál es la razón por la cual se señala que debería modificarse esta norma? Porque se han creado «centros chicha», porque se han creado centros inadecuados. ¡Qué fácil es hacer esa afirmación! Dejo la pregunta, ¿por qué no habrá TUPA? No sé. Dejo la pregunta.

Bien, ¿por qué? Porque los centros de arbitraje acreditados con todos los requisitos y exigencias que ya existen deberían ser precisamente los fiscalizadores y no solamente los administradores de los arbitrajes. En segundo lugar, las partes, de las cuales ya se ha hablado muy bien hoy, entre ellas las empresas y las entidades públicas que participan en los arbitrajes, y los abogados que las asesoran. En tercer lugar, el Estado, como titular de la acción penal en contra de todos los involucrados en este tipo de delitos y titular de la acción administrativa en contra de sus funcionarios públicos. Finalmente, los árbitros como principales infractores, me refiero a los procesos que se puedan ya haber iniciado y que se encuentran en investigación.

Ahora sí, la siguiente pregunta Ricardo, ¿cuál es el papel de los centros de arbitraje frente a la corrupción, en especial de los arbitrajes en los que participa el Estado? Yo creo que los centros de arbitraje tienen un primer deber, que es aplicar mecanismos de control y por eso es que los centros de arbitraje han sido señalados como aquéllos que debieran verificar y hacer fiscalización, pero, evidentemente, no centros de arbitraje truchos, no centros de arbitraje engañosos, lo que pasó lamentablemente, sino centros de arbitraje que antes del arbitraje, tengan una

nómina de árbitros con criterios destinados a identificar su idoneidad, su especialidad y la neutralidad de los mismos.

Hay formas, hay métodos, yo recuerdo cuando era director del centro, en el centro de conciliación aplicamos métodos para verificar la veracidad y la honestidad de los mediadores, que son métodos psicológicos que se pueden aplicar. ¿Y esto por qué no lo pueden aplicar los centros de arbitraje para así tener una nómina de gente realmente honesta, de gente realmente incapaz de ser parcial o de no ser independiente? Y durante el arbitraje, la confirmación de árbitros en caso las partes designen a quienes no se encuentran en sus nóminas, me parece que es fundamental ir pensando en la confirmación. Y la fiscalización de la conducta en cada caso en particular, así como la creación de bases de datos e indicadores que permitan medir el cumplimiento de la normativa del centro de arbitraje, la gestión y resolución de conflictos derivados de denuncias éticas y recusaciones. Después del arbitraje, la evaluación de esa data.

En segundo lugar, por eso tenía dos puntos la presentación que dice *compliance*, incorporar un sistema de gestión antisoborno, un programa de *compliance* y una certificación ISO 37001.

El día que se inauguró este congreso escuché con entusiasmo y con gran alegría que Marlene Anchante anunciaba que ya se inició el proceso de certificación ISO 37001, del Centro de Arbitraje de la Católica.

Quisiera sólo señalar por qué *compliance*. Porque hay un marco legal que lo facilita, están las normas puestas al lado izquierdo: porque eso genera reputación, porque eso genera prevención y porque eso genera integridad. ¿Qué es *compliance*? Sería muy largo definirlo, pero esto implica cambio cultural e implica integridad.

Sólo quisiera señalar que si ustedes incorporan en los centros de arbitraje, en los estudios de abogados en general, los 9 pilares a los que he

hecho mención, lo que van a tener es un soporte de alta gerencia, lo que van a tener es un análisis de los riesgos de soborno que se pueden dar al interior, lo que van a tener es un código de conducta y de políticas de *compliance*, lo que van a tener son controles internos financieros o no, lo que van a tener es capacitación y comunicación, lo que van a tener son canales de denuncias y lo que van a tener son procesos sancionadores al interior de los centros de arbitraje y de los estudios de abogados, en general.

Me hago una última pregunta: ¿cuál es el papel de las partes, sean del Estado o privados, y de los estudios de abogados ante la corrupción? Primero, designación de árbitros probos, y creo que para eso existen métodos adecuados, tanto de parte del Estado como de parte de las partes. Hace seis años estuve con Charo Fernández, que hoy habló hace un momento, era ministra de Justicia, y le presentamos una propuesta de cómo podría ser la nómina de árbitros elegidos por el Estado, no voy a mencionar más porque no hay tiempo, pero las entidades del Estado y del sector privado involucradas en contratación pública deben contar con un programa de *compliance* y con la Certificación ISO 37001.

Graña y Montero es un caso de una empresa constructora con problemas muy serios, ¿verdad? Bueno, el otro día estuve en una exposición que hizo en Amcham un representante de Graña y Montero diciendo: «Sí, efectivamente, nos equivocamos, ya hemos iniciado el proceso de certificación como Siemens en Europa», porque éste no es un tema de América Latina, Siemens tuvo que levantar cara y Graña y Montero está tratando de levantar cara, porque para ellos ha significado bajar a 10% sus ingresos.

Algunos municipios también hoy tienen certificación, ¿por qué no pueden tener certificación las empresas estatales?; ¿por qué no puede tener certificación el OSCE?; ¿por qué no puede tener certificación el Ministerio de Justicia?; ¿por qué no pueden tener certificación las principales entidades estatales como el Ministerio de Transportes, cuando tienen que designar y llevar adelante tantos procesos arbitrales?

El papel de los estudios de abogados que ya se ha mencionado es establecer estos sistemas también anticorrupción. Puedo decirles con satisfacción que conozco que ya el estudio Roselló se ha certificado. No se trata de tener un *compliance officer*, porque algunos dicen «ya lo tengo». No. Es un sistema interno que sería muy largo de explicar. Que las áreas de arbitraje se especialicen y lleven adelante todo esto.

Quiero terminar con esta pequeña frase: «¿Quién es el protagonista y la causa de la corrupción? La persona». Y quisiera decir esto que dijo Einstein, «La vida es muy peligrosa, no por las personas que hacen el mal, sino por las que se sientan a ver lo que pasa». No seamos de los que nos sentamos frente a la corrupción en el Perú. Muchas gracias.

Ricardo León Pastor: Es el turno del doctor Leysser León, quien va a absolver la pregunta de si son arbitrables las cláusulas anticorrupción en los procesos de contratación pública.

Leysser León Hilario: Nos concedieron 15 minutos, pero nos habíamos preparado para 10, así que vamos a hablar telegráficamente de lo último porque, además, el querido profesor Guzmán-Barrón lo ha dicho todo y los aplausos lo han expresado cabalmente.

Es sabido, obviamente conociéndolo desde las aulas de la universidad, que el profesor Guzmán-Barrón es una persona instruida, leída, somos de alguna manera producto de su enseñanza también, pero de lo que no estoy seguro que él sepa —se lo preguntaré después— es si conocía que dos de las hipótesis que él ha planteado en su exposición han sido verificadas extensamente por nuestros historiadores y por nuestros sociólogos.

Alfonso Quiroz, el tempranamente desaparecido historiador de nuestra universidad, en su obra *Historia de la corrupción en el Perú*, habla de este mal endémico, histórico y explica las razones por las cuales el Perú, lamentablemente, es una sociedad corrupta, y con corrupta no

quiere decir que todos nosotros efectuemos sobornos o estemos involucrados en delitos como el cohecho, lo que quiere decir es que el comportamiento transgresivo es una característica de la sociedad peruana y está en colarse en las colas; en convencer a un policía de no cumplir su deber; en hacer que la ley, cualquiera que ésta sea, no sea respetada.

Vamos a dejar a los historiadores, vamos a entrar en materia de lo que sucede.

La esperanza de reencaminar, modelar el comportamiento de los protagonistas del arbitraje ha sido depositada en las cláusulas anticorrupción. ¿Qué cosa son las cláusulas anticorrupción? Son declaraciones de las partes abiertas a la limpieza, a la pureza de sus comportamientos durante la etapa de concepción, negociación, tratativas preliminares y celebración del contrato. Estas cláusulas pueden, si se les estudia, presentarse como muy sofisticadas, muy desarrolladas. La CCI ha brindado a través de sus manuales y folletos hasta tres especies de cláusulas anticorrupción, dependiendo de si se trata de arbitraje de inversión o de arbitrajes internacionales simples, yo he puesto aquí la cláusula más simple, las otras tienen dos o tres páginas y explican, inclusive, tipificadamente cuáles son los supuestos de corrupción.

No quiero dejar de llamar la atención sobre el trasfondo o el antecedente que podría ser de estas cláusulas anticorrupción, una declaración que todo aquél que haya practicado en un estudio de abogados aprende de su jefe o de su instructor en los primeros días en que aprendemos a elaborar los contratos. Cuando nuestro jefe de prácticas o instructor de prácticas nos dice «En tu compraventa todo está muy bien, pero te falta una declaración importante en el sentido de que las partes declaran, reconocen, juran, que en su voluntad no ha mediado dolo, intimidación, error», estamos ante un despeje, una remoción de las sospechas de invalidez del contrato por la propia declaración de las partes.

¿Merece ser confiable una declaración?; ¿de qué manera contribuye esto a disipar el peligro, el riesgo de la corrupción? A propósito de un caso sonado, igual que el caso Lava Jato, al que se ha referido el profesor Guzmán-Barrón, en el caso Kuntur Wasi, la propia empresa, el propio grupo privado, propuso una cláusula anticorrupción para su contrato, en la época en la que pensaba que todavía podía permanecer ese vínculo, y decía así —es muy sencillo, por eso es que lo he transcrito—: «El concesionario, ninguno de sus accionistas, socios o empresas vinculadas, ni cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes ha pagado, recibido, ofrecido ni intentado pagar ni recibir u ofrecer, no intenta pagar o recibir u ofrecer en el futuro ningún pago o comisión legal en relación con la concesión, el contrato y el concurso».

Una declaración tan noble, tan removedora de sospechas de corrupción, ¿puede dar lugar a problemas que deban resolverse aplicando las instituciones del derecho privado, del derecho internacional o cuestiones arbitrales, que es la pregunta que se me ha pedido responder? Sí, son múltiples las preguntas. Hay estudios extensos de autores expertos en materia de arbitraje internacional que se han dedicado a este tema, yo he escogido solamente tres tópicos para resolverlos rápidamente porque, además, están dentro de mi competencia de contractualista, y eso ha facilitado las cosas y me ha alegrado encontrar que están ratificadas estas hipótesis, estos comentarios que voy a hacer, con decisiones internacionales.

En primer lugar, ¿es posible declarar nulo, por vía judicial o arbitral, un contrato engendrado por corrupción? Ésa que podría ser una interrogante de fácil respuesta, en el Perú no está tan claro, y no está tan claro porque nuestros magistrados y muchos árbitros también que copian la práctica de nuestros magistrados, tienden a ser formalistas. En 34 años de vigencia del Código Civil, no hay ni un solo precedente de contrato anulado por corrupción, señores, ni uno solo, no existe ni una jurisprudencia de un contrato anulado por corrupción, declarado nulo

por violar el interés público, por ser contrario a las buenas costumbres ni por fin ilícito. Y cuando se discutió la legalidad y la nulidad, por lo tanto, de uno de los más grandes contratos de concesión firmados durante el gobierno de Ollanta Humala, varios estudios de abogados elaboraron informes donde señalaban que pasados los diez años de celebrado el contrato no iba a existir ninguna consecuencia para los celebrantes porque se convalidaba por el paso del tiempo la nulidad por fin ilícito, por corrupción, por violación de las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres. Cerca de diez informes de abogados y de estudios de abogados, alegando eso.

Como para lo peor no hay límite, en el proyecto que actualmente se trabaja en la Comisión de Reforma del Código Civil, al que yo sugerí incorporar una regla de nulidad por corrupción, atendiendo a que en 34 años no hay experiencia de nulidad de contratos por corrupción, esa iniciativa fue rechazada de plano por la, creo, audaz, creo, sin fundamento, visión de que es suficiente tener en el Código Civil la nulidad por fin ilícito. Eso fue lo que me respondieron, que existía nulidad por fin ilícito y que ahí se entiende englobada la nulidad por corrupción.

Pero como para lo peor no hay límite, decía, ahora el Código Civil, si se modifica conforme a lo que está planteando esta comisión, ya no va a decir: «Nulidad por fin ilícito», sino, retrocediendo 200 años, dirá: «Nulidad por causa ilícita». La verdad que no entiendo cómo es que si se hablaba de hacer que la vida de los ciudadanos sea mejor, cómo se pretende pensar, regresando a un término que los franceses han expelido de su Código Civil, que eso va a determinar un progreso.

Segundo problema, ahora sí entrando a tema de arbitraje. Si se descubre que ha habido corrupción en la negociación y celebración del contrato, ¿mantiene éste su vigencia o mantiene su vigencia el convenio arbitral? La respuesta es que sí, mantiene su vigencia el convenio arbitral. Hay varias teorías que se han esbozado, creo que la más eficaz es una que todos los que hemos tenido práctica arbitral tendemos a de-

sarrollar y a aplicar, además, que es la separabilidad del convenio. Pero no he encontrado que los textos de los grandes expertos internacionales resuelvan un problema que probablemente sea muy peruano, que es la elaboración de convenios arbitrales que en sí engloban un ilícito. Por ejemplo, en algún momento de nuestra historia reciente se ha tendido a llamar «convenios arbitrales Orellana» a los convenios arbitrales en los que el árbitro ya está predefinido, que es una persona del entorno de una mafia, donde ya se predefinió que se va a laudarlo de Lima en Loreto, y en el segundo piso de una heladería, y donde ya se definió que el árbitro tiene poderes ejecutivos para vincular a las partes y, de esa manera, hacer que se le quite su propiedad a una persona.

Entonces, ese tipo de convenio arbitral no ha sido estudiado por nadie, y debería ser el momento, profesor Guzmán-Barrón, de que comencemos a mirar hacia nuestros propios problemas. Deberíamos de comenzar a mirar qué problemas tenemos nosotros, antes de comenzar los escritos en todas las materias arbitrales, hablando «como es bien sabido», «según el arbitraje internacional». Es así como debe resolverse un problema. Convendría, no solamente en la práctica arbitral, comenzar a reflexionar con lo que ocurre en casa.

¿Es arbitrable el contenido de la propia cláusula anticorrupción? La declaración contenida en la cláusula anticorrupción, de ser falsa, debe dar lugar a una invalidez, y sobre esto existen varias teorías también. En el caso de que exista una parte inocente y una corrupta, la solución más adecuada es la anulación por dolo o engaño, anulación que permite aplicar en ese supuesto, además de la invalidez negocial, el resarcimiento por los daños ocasionados a la parte engañada. Esto no es otra cosa que el reflejo de una práctica utilizada en las operaciones corporativas en nuestro país, en los casos de ventas de empresas donde, conforme a los modelos estadounidenses, se utilizan las *representations*, o sea, las declaraciones de aquello que ha ocurrido en la negociación tratativa, fijación de precios de las empresas y entre las declaraciones que se incluyen en esa gran declaración aparece una cláusula que no es anticorrupción,

pero que señala que las partes garantizan la veracidad de la información que han intercambiado y si por cualquier razón esa información no fue veraz y se elevó el precio de la empresa o se ocasionó daños a una de las partes, procede la anulación por dolo y, en su caso, el resarcimiento.

El libro de Alfonso Quiroz, que he traído aquí como un amuleto, es uno de los libros que nos dice cómo somos y es un *best seller*, este libro se vende en los kioscos, no solamente en las librerías. Le imputa Alfonso Quiroz algunas de las razones por las cuales el peruano es tolerante ante la corrupción, a los decires, a las opiniones de los expertos internacionales. Los expertos internacionales, dice Quiroz, han hecho mucho daño en eso, porque no nos han hecho ver nuestros propios problemas, o sea, el experto internacional, porque es políticamente correcto —discúlpeme si traduzco literalmente del inglés—, no se pronuncia sobre lo que pasa en el país donde es invitado y recientemente uno de los gurúes del arbitraje ha venido, ahí está retratado en una noticia de *El Comercio*, y ha dicho algo por lo cual no tendría razón de ser esta mesa, pues, profesor, ha dicho que el arbitraje es un antídoto contra la corrupción, o sea, casi da ganas de decirle «Mejor no opines», recuerden que cuando Lennon fue a Filipinas y le preguntaron qué opinaba sobre Marcos y sobre su esposa Imelda, el líder de The Beatles respondió: «Yo no he venido a hablar de política, no puedo hablar sobre la realidad de este país porque me han contratado para cantar en un concierto», porque, de lo contrario, esta expresión revela un desconocimiento.

¿El arbitraje es un antídoto contra la corrupción? [...], me ha dado mucho gusto y mucha alegría que Ignacio haya dicho que éste no es un problema solamente latinoamericano, o sea, no hablando de Perú, sino de América Latina, y enseñándonos que es un problema global. Pero no se trata simplemente de negar una afirmación de un experto internacional intachable, prestigioso, un profesional eximio, que nos ha enseñado sobre el arbitraje a través de sus obras, él cuando se explaya sobre el titular que ha señalado *El Comercio*, señala la importancia de la práctica del arbitraje institucional para que no exista corrupción.

Entonces, si es que contamos con buenos centros, con buena selección de árbitros, con principios claros, con sanciones a quienes se apartan de las reglas de los centros, podemos tener la esperanza de que la corrupción poco a poco irá, tal vez sea utópico pensar que algún día desaparecerá.

Gonzalo Portocarrero termina uno de los capítulos de *Rostros criollos del mal*, con un mensaje de aliento a nuestra sociedad, o sea, después de haber descrito todos los males de la transgresión, dice lo siguiente, que creo que es lo mejor con lo que nos podemos ir a nuestra casa esta noche: «Y la creación de individuos responsables remite al tema de la educación y la disciplina. De manera que, después de intentarlo todo, la sociedad peruana, más conflictiva, pero mejor pertrechada, regresa al tema de la educación como reforma moral de las costumbres que haga posible una individuación basada en la idea de responsabilidad». Es, en términos científicos, la misma conclusión a la que arribaba el profesor Guzmán-Barrón, la lucha contra la corrupción depende de cada uno de nosotros. Gracias.

Ricardo León Pastor: Voy a invitar a Silvia Rodríguez, secretaria general de nuestro Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, para que dé unas palabras de cierre a este congreso. Y, ahora, sí les voy a pedir un gentil aplauso para este fantástico panel.

PALABRAS DE CIERRE DEL CONGRESO A CARGO DE SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

Muchas gracias, realmente, por acompañarnos hasta estas horas de la noche. Ricardo decía «Vamos a ponernos pijamas para seguir conversando sobre el tema», que es bastante interesante y muy actual.

Bueno, hemos llegado a la conclusión de esta décimo segunda versión del congreso internacional, lo hemos trabajado durante 12 años, esperamos que sigamos trabajándolo durante muchos años más.

Quiero agradecer a todas las personas que han hecho posible que este congreso se realice, este foro de discusión que es precisamente lo que se necesita para plantear los problemas que salen a la luz y que crean posteriormente el debate y los cambios normativos que puedan existir, y los cambios en las personas que son necesarios para reflexionar sobre el papel de cada uno.

Estuve ayer en un cóctel al que nos invitó amablemente Mario Castillo, en el cual muchas personas nos dijeron: «Esas entrevistas que están haciendo, nos hacen reflexionar sobre el papel que los árbitros estamos teniendo en el arbitraje», y la Católica, nuestro centro, está haciendo un estudio en relación con los temas morales de los árbitros y que prontamente va a ser llevado a la luz con todas las conclusiones y, obviamente, estarán ustedes cordialmente invitados en noviembre de este año.

El centro es un pionero en el fomento de la ética en el arbitraje y es por eso que desinteresadamente hacemos este evento y agradecemos tanto a los expositores internacionales que vienen a nuestro país de las diferentes regiones para compartir las experiencias y darnos también luces sobre cómo podríamos seguir adelante. Es un poco complicado las

expresiones de repente de Gary Born sobre el tema, él habla de manera general, ha funcionado de repente muy bien en el arbitraje comercial, estamos nosotros muy enfocados en el arbitraje de contrataciones públicas, donde tal vez hay un chip ahí que no está funcionando, y que es eso tal vez lo que hace distorsionar las ventajas de lo que es el arbitraje.

Gracias de verdad por venir, gracias a los expositores nacionales por darnos su tiempo, por mostrarnos lo bueno, lo malo, no quiero decir lo feo, sino lo que está por hacerse en este lugar común que es el arbitraje.

Obviamente, dar un agradecimiento a todo lo que es el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, el área de arbitraje, el área de Capacitación.

Sinceramente, no quisiera pasar a revisar cada una de las mesas que hemos estado viendo en estas tres largas jornadas, solamente quisiera dejarlos con la idea que si es que se la llevan a sus casas el día de hoy, estaremos muy agradecidos y sabremos que hemos puesto una semilla en el corazón y en la mente de cada uno de ustedes. El arbitraje debe ser ético, es que así debe ser. La idea es que los árbitros sean imparciales, que no tengan conflictos de interés y que si los tienen se retiren y lo sientan así, y que se pongan, como decían ayer, en el zapato de las partes, que sean empáticos y no necesiten una corte de arbitraje, un consejo que les diga que tienen que retirarse.

El arbitraje debe ser eficiente, no funciona si es que alargamos las actuaciones arbitrales, pensando que de esa manera uno puede aprovechar de repente y tener mayores beneficios, o que no se les va a sancionar de repente un tribunal administrativo, la idea es que ambas partes trabajen de buena fe. Y, el arbitraje debe permitir solucionar la controversia, que sea realmente un laudo que se pueda ejecutar, hemos tenido una mesa que hablaba sobre ese tema.

Los operadores estamos llamados a hacer esto. Yo los invito esta noche a reflexionar, que lleguen a sus casas y piensen en esto y que lo planteemos y tengamos esas conductas de aquí en adelante en nuestros arbitrajes, ya sea como árbitros o como partes.

Solamente quería mencionar que nuestro centro sigue a la vanguardia de ofrecer todos estos servicios de mecanismos alternativos, nacimos como conciliación, pasamos a arbitraje, previsión, solución de conflictos, estamos también ahora en la junta de resolución de disputas y felicitamos a nuestra primera junta de resolución de disputas, estamos muy expectantes de ver los resultados de esta junta, que puede llevar a un enfoque distinto a lo que es el arbitraje en contratación pública.

Una vez más menciono que esperamos haber contribuido con toda esta jornada a un mayor desarrollo del conocimiento en arbitraje, haber despejado dudas y también haber creado debate para posteriores foros. Muchísimas gracias a todos.

ACTAS DEL XII CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE
CENTRO DE ARBITRAJE Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ - 2018
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
SEPTIEMBRE DEL 2019, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

