

**ACTAS DEL XIII CONGRESO INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE DE LA PUCP - 2019**

Volumen 80 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Actas del XIII Congreso
Internacional de Arbitraje
de la PUCP - 2019**

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ACTAS DEL XIII CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE PUCP - 2019

- © 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 2020

Tiraje: 500 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 2020-

ISBN: 978-612-

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	11
Inauguración	13
Mesa 1: ¿Cómo deben enfrentar los operadores del arbitraje los contratos con vicios de corrupción que han dado origen a controversias?	25
<i>Luis Alberto Arequipaño</i> (moderador)	
<i>Julio Martín Wong Abad</i>	
<i>David Ortiz Gaspar</i>	
<i>Leysser León Hilarario</i>	
<i>Silvia Rodríguez Vásquez</i>	
Mesa 2: ¿Cómo están impactando las investigaciones sobre corrupción en las recusaciones de árbitros?	47
<i>Walter Albán Peralta</i> (moderador)	
<i>Fernando Marcondes</i> (Brasil)	
<i>Mariela Güerinoni Romero</i>	
<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	
<i>Omar Sumaria Benavente</i>	
<i>Carlos Soto Coaguila</i>	
<i>Ricardo León Pastor</i>	
Mesa 3: ¿Qué dilemas éticos enfrentan los árbitros en la actualidad?	77
<i>Luis Alberto Arequipaño Támara</i> (moderador)	
<i>Seguimundo Navarro</i> (España)	
<i>Alfredo Soria Aguilar</i>	

Lisette Ortega Orbeagozo

Irma Rivera Ramírez (Colombia)

Fernando Berckemeyer Olaechea

Mesa 4: ¿Son realmente eficientes las juntas de Resolución de Disputas? 117

Jaime Gray Chicchón (moderador)

Eliana Rivarola

Carlos López Avilés

Mesa 5: El arbitraje de consumo. ¿Cuáles son los nuevos retos que enfrenta? 141

Lou-Anne Flores Sánchez (moderadora)

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio

Yvette Sanguinetti Campos

Alonso Morales Acosta

Moisés Rejanovinschi Talledo

Mesa 6: Arbitraje comercial y de inversión 175

José Daniel Amado Vargas (moderador)

Diana Correa (Colombia)

Ofilio Mayorga (Francia)

Benito Zelaya (Honduras)

Edson López (Guatemala)

Mesa 7: Impacto del derecho civil en los arbitrajes con el Estado 213

Gonzalo García-Calderón Moreyra (moderador)

Juan Espinoza Espinoza

Mario Castillo Freyre

Elvira Martínez Coco

Mesa 8: Contrataciones con el Estado 243

Salomé Reynoso Romero (moderadora)

Ana Teresa Revilla Vergara

Sandro Hernández Díez

Roberto Reynoso Peñaherrera

Derik Latorre Boza

Yeminá Arce Azabache

Mesa 9: Asuntos a considerar en arbitrajes con el Estado

269

Álvaro Prialé Torres (moderador)

Carlos Lozada Contreras

Eric Franco Regjo

Alberto Cairampoma Arroyo

Juan Carlos Pinto Escobedo

NOTA DEL EDITOR

Me complace presentar del volumen 80 de la *Biblioteca de Arbitraje*, el mismo que recoge las ponencias correspondientes al XIII Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que tuvo lugar el año pasado.

Nuestro Estudio se alegra de la continuidad de este importante Congreso, que contribuimos a crear hace ya catorce años y que hoy en día corresponde en exclusiva, como era nuestro propósito, a la PUCP, nuestra alma máter.

Es compromiso permanente de la *Biblioteca de Arbitraje* el publicar, todos los años, las ponencias pronunciadas el año precedente, a efectos de que las mismas queden registradas para ulterior consulta de la comunidad arbitral de nuestro país y del extranjero.

Asimismo, no quiero dejar pasar la oportunidad para recordar que nuestra *Biblioteca de Arbitraje* cumple con publicar su volumen ochenta, en menos de catorce años de creada.

Si bien las circunstancias por las que atraviesa el Perú no son las mejores, ratificamos nuestro empeño en proseguir con llevar adelante esta colección, la misma que se publica tanto en versión física como digital y con libre acceso en la página web de nuestro Estudio: www.castillofreyre.com.

Agradecemos a nuestros lectores.

Lima, septiembre del 2020

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.

INAUGURACIÓN

Palabras presentador: Buenas tardes con todos. A nombre de la Pontificia Universidad Católica del Perú, les damos la cordial bienvenida al Décimo Tercer Congreso Internacional de Arbitraje PUCP; espacio dedicado al intercambio de información, conocimientos y experiencias en materia de arbitraje.

Las palabras de inauguración estarán a cargo de la doctora Marlene Anchante Rullé, directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Le cedemos la palabra.

Marlene Anchante Rullé: Muy buenas tardes a todos. Bienvenidos a su casa, la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es realmente un honor para mí darle la bienvenida al Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Vicente Zevallos, muchísimas gracias por estar con nosotros el tiempo que nos dedica. Bienvenidos también los expositores nacionales; internacionales; los moderadores; miembros de nuestra corte de arbitraje; representantes; funcionarios de las distintas entidades del Estado que han aceptado acompañarnos; abogados; alumnos; profesores; público, en general.

Quisiera tomar estos pequeños minutos para comentarles que este Décimo Tercer Congreso de Arbitraje que organiza el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, es para nosotros un congreso muy especial. ¿Por qué? Porque coincide con los veinte años de creación de nuestra institución.

Hace veinte años fue creado este Centro en la gestión del rector Salomón Lerner, y es un Centro que está puesto al servicio del país. El Centro

de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica, no es más que una evidencia concreta de la intención de la Universidad Católica de servir al Perú.

Esta historia de los veinte años es una historia que, por supuesto, ha sido escrita por muchas personas. Los que trabajamos hoy en el Centro y son muchas personas las que han trabajado con nosotros, entre ellos, por supuesto, nuestro director fundador que nos acompañó diecisiete años, el doctor César Guzmán-Barrón, quien se encuentra presente, y a quien también agradezco que nos acompañe.

Personas que hemos estado comprometidas, hasta el día de hoy lo estamos fuertemente con el país, muy identificados ya y absolutamente convencidos y muy identificadas con los valores de la universidad, y absolutamente convencidas de que los conflictos pueden transformarse; que los conflictos son una oportunidad de desarrollo y que así los tenemos que ver por el bien de nuestro país.

Somos un Centro que nacimos y seguimos siéndolo con un enfoque multi e interdisciplinario. Nosotros estamos dedicados a prevenir, a gestionar y a transformar conflictos.

Hemos participado estos veinte años y hemos hecho presencia, de alguna manera, con nuestras herramientas, con nuestras estrategias, con mecanismos, con muchas actividades de fortalecimiento de capacidades en todo el Perú, por el CARC-PUCP. Y en este llegar, hemos llegado de distintas maneras. Hemos llegado desde la línea de consultoría, donde trabajamos intensamente en lo que es prevención y gestión y conflictos sociales.

Hemos llegado a lugares muy alejados del Perú donde se dice una y otra vez que el Estado ha estado ausente, que ha olvidado todos esos lugares.

Conocemos esos lugares alejados del país. Hemos hecho mucho trabajo de campo allí, y hemos sentido y seguimos sintiendo gran responsabilidad cada vez que llegamos, porque las personas reciben con mucha expectativa la llegada de la Universidad Católica; y, por lo tanto, nosotros

sentimos, en efecto, mucha responsabilidad porque tenemos que llegar con imparcialidad, tenemos que llegar con solidaridad y con todos los valores que acompañan a nuestra institución, convencidos donde sí es posible construir una cultura de paz en el Perú.

Esta consultoría también nos ha permitido en estos veinte años ir viendo las cosas de manera distinta. Cuando nosotros nacimos en el año 1999, teníamos una forma de entender el conflicto, creíamos más en el enfoque de resolución; creíamos que podíamos intervenir y lograr una resolución de un conflicto y poder terminar con él.

Veinte años después nosotros hemos girado y tenemos un enfoque más transformador; obviamente, todos estos años trabajando al interior del país en el campo nos han hecho entender que detrás de estos conflictos sociales también hay causas que son de tipo estructural; de naturaleza estructural y a ellas estamos abocados hoy en día, a trabajar en tratar de aprender las causas y ver de qué manera éstas deben ser revertidas.

Entonces, esta experiencia de campo nuestra ha ido alimentando todo lo que nosotros ofrecemos en la línea de formación continua. Los cursos que, probablemente, algunos de ustedes han llevado; las diplomaturas en proyección y gestión de conflictos sociales, en arbitraje, en derecho administrativo para árbitros, en junta de resolución de disputas, es decir, un conjunto de cursos abocados a fortalecer capacidades en el ámbito de la gestión de los conflictos, se alimentan de nuestra experiencia en el campo.

Lo que nosotros aprendemos haciendo, eso es lo que llevamos a los cursos, y por eso, a mí me gusta tomar lo que dice un profesor de conflictos muy conocido realmente, es John Paul Lederach que, probablemente, ustedes lo conocen, y él dice: «somos practicantes y académicos, a la vez, de la resolución de conflictos». Y así nos definimos en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

Nosotros no nos dedicamos solamente a la academia; nosotros salimos al campo; damos los servicios.

Y en esa línea vamos a ir llegando un poco al tema de arbitraje.

Como ustedes saben, somos un Centro que administra procesos de arbitraje. Este servicio comenzó un poco después de nuestra creación, entonces, la administración de arbitraje tiene para nosotros diecisiete años.

En esos diecisiete años nosotros hemos podido administrar una gran cantidad de casos de arbitraje; estamos pasando los dos mil quinientos casos, y recordamos con mucho cariño que nosotros trabajamos en arbitraje y tuvimos siete casos en doce meses. En este momento, nosotros estamos gestionando en pleno trámite, más de setecientos casos.

Entonces, estos años de trabajo en arbitraje también nos han servido para poder hacer esa sinergia de la práctica a la academia, y estamos completamente involucrados en lograr fortalecer capacidades.

En ese sentido, este Décimo Tercer Congreso Internacional de Arbitraje también es para nosotros muy importante, porque se lleva a cabo en un momento delicado para el arbitraje en el Perú. Porque debemos ser sinceros; es un momento delicado porque la corrupción se ha infiltrado en los contratos de obras públicas, y eso hace, definitivamente, que la probabilidad de un profesional que aspira a ser árbitro y que se desempeña como árbitro, sea sospechoso de corrupción muchas veces, y en algunos casos, investigado.

Por lo tanto, las partes que eligen a los árbitros tienen una decisión que es crucial; es una decisión muy delicada con respecto a quién nombran como árbitros, y cuando no lo hacen y nosotros como Centro tenemos que hacerlo en defecto, para nosotros los centros y para el CARC, en particular, es muy delicada la designación de un árbitro en este contexto, hoy más que nunca.

Esa designación en reemplazo de las partes, y además cuando las partes designan árbitros, están lejos del perfil deseable; también hay un impacto para nosotros como centro de arbitraje.

Por lo tanto, estos son riesgos que se han alzado y se han hecho mucho más visibles en los últimos tiempos, y como universidad hemos trabajado fuerte.

Conté el año pasado en este mismo foro, que nosotros comenzábamos a implementar un sistema de gestión antisoborno, y hoy les puedo decir que ese sistema ya está implementado. Nuestro Centro ya cuenta con un sistema de gestión antisoborno alineado al ISO 37001. El próximo mes tenemos pactadas las auditorías externas para nuestra certificación que nos la otorgará, por supuesto, una entidad especializada internacional.

En todo esto, entonces, nosotros hemos tratado de encontrar la luz; tratado de encontrar las oportunidades y no perder la fe en que sí se puede ir llevando adelante y gestionando arbitrajes con ética, con eficiencia, con imparcialidad, que es nuestro compromiso.

Hay muchas medidas que se vienen tomando en esta línea, por ejemplo, el sistema de confirmación de árbitros que la universidad también tiene implementado ya; pero, si nos ponemos a pensar, esa es una medida de control externo para luchar contra la corrupción, pero no es suficiente.

También nosotros hemos volteado y hemos puesto el foco en el mundo interior de los árbitros; son las personas que van a tomar esas decisiones que tienen que ser verdaderamente justas y éticas, y que no basta con que sean personas que tengan conocimientos o que tengan una especialidad, porque el ejercicio de la justicia va más allá de la legalidad. Necesitamos personas verdaderamente imparciales; personas con empatía; personas que entiendan lo que está en juego en muchos de estos arbitrajes con el Estado.

¿Qué está en juego? Está en juego el interés público, pero no solamente esto; están en juego las expectativas de los peruanos y peruanas que necesitan de estas obras.

Y ese trabajo en campo que nosotros hemos hecho por muchos años, producto de nuestra línea de trabajo en consultoría en conflictos sociales, nos hace entender que los arbitrajes no pueden ser un número.

Los arbitrajes no pueden ser un expediente simplemente con un número; los arbitrajes tienen que estar humanizados. En los arbitrajes se ponen en juego las expectativas; las esperanzas de nuestra población, y eso es lo que desde la Universidad Católica nosotros tenemos muy presente gestionando estos arbitrajes. No son simples expedientes para nosotros; son las ilusiones de las personas que esperan que estos proyectos se hagan realidad.

Por lo tanto, el año pasado hicimos casi a fines de año una investigación en sinergia con la Facultad de Psicología, con árbitros para conocer cómo razonan realmente, cómo es su identidad moral, porque los criterios para seleccionar, para designar, tienen que ser mucho más complejos y más realistas por lo que está aquí en juego.

Además, estamos convencidos de que hay que rediseñar; hay cosas que cambiar en el sistema, y como comentábamos con el ministro en la antesala, por lo menos, desde la universidad estamos dispuestos a dar todo lo que nosotros sabemos; todas las lecciones aprendidas y lo que nosotros creemos que se puede ajustar.

Hay una serie de condiciones y limitaciones que están impidiendo que estos arbitrajes sean gestionados con eficiencia y con la debida ética. Y eso, por ejemplo, pueden ser cuestiones informales, a veces. Usos y costumbres que tienen los árbitros o costumbres que tienen las partes, que en realidad no coadyuvan a que se lleve adelante un proceso, mientras sea eficiente y ético.

Y también resistencias al cambio, ¿por qué no decirlo? Hay una serie de cambios que se vienen proponiendo.

Desde el sistema de confirmación de árbitros y otros que generan resistencia en los operadores que no quieren que se lleven adelante. Entonces, hay una serie de cosas que hacer, y estas resistencias también; obviamente son de índole formal.

El día de ayer estuvimos con Silvia Rodríguez, la secretaria general de arbitraje en el Congreso de la República, escuchando a la Comisión de Jus-

ticia porque iba a revisar un paquete de proyectos que están relacionados con los temas de arbitraje, muchos de los cuales nos parecen estupendas ideas que hay que impulsar, y otras tantas, sinceramente, nos parecen un retroceso en nuestra lucha contra la corrupción del arbitraje.

Bueno, no quiero extenderme más; terminar agradeciéndoles que han confiado en nosotros un año más, y es seguro que hay un congreso con un conjunto de mesas que los esperan que les van a provocar muchas reflexiones y vamos a refrescar una serie de ideas y conceptos.

Bueno, quiero darle la palabra al ministro para que nos aliente en estos veinte años a seguir adelante.

Gracias.

Palabras del presentador: Continuando con el programa, damos la bienvenida y agradecemos la presencia del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, el doctor Vicente Antonio Zevallos Salinas, quien nos brindará las palabras de inauguración.

Lo recibimos con un fuerte aplauso, por favor.

Vicente Antonio Zevallos Salinas: Buenas tardes con todos. Doctora Marlene Anchante, directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica; ilustres invitados, particularmente, llegados del extranjero; expositores panelistas y señoras y señores.

Para mí es sumamente grato participar de esta ceremonia inaugural del Décimo Tercer Congreso de Arbitraje. Creo que ya decir décimo tercero denota un *expertise* y experiencia que implica también responsabilidades. Hacer la gestión de convocar expositores de nivel; impulsar a través de una difusión muy seria una motivación para este congreso; que este encuentro sea concurrido por especialistas y profesionales comprometidos con el procedimiento del arbitraje, denota un esfuerzo y un compromiso que, desde ya, saludamos, reconocemos y felicitamos.

En tanto, la doctora Anchante expresaba con mucho sentimiento porque ella vive lo que es el arbitraje, me permití acudir a algunas reflexiones: hay árbitros a los cuales un país, o sobre los cuales un país está pendiente. Hay árbitros que están sujetos a silbidos; rechiflas. Hay árbitros que pueden decidir una resolución en un minuto o un segundo; obviamente, son los árbitros del fútbol; y atendiendo a esa problemática, hoy le han dotado de un instrumento tecnológico muy moderno: el VAR, ¿no es cierto? Y yo me preguntaba ¿y para nuestros árbitros qué instrumento informático de la más alta y moderna tecnología le han dotado para que sean como lo que queremos todos: infalibles? Su conciencia; sus valores; su compromiso; su aptitud.

Y yo refrescaba algún mensaje que dio creo que es docente visitante de esta casa de estudios, el doctor Luis Pásara; un libro muy antiguo, ¿no? «Jueces y justicia de paz en el Perú».

Luis decía... en un párrafo decía: «que la mejor justicia que se administra en el Perú es la justicia de paz». Lo decía así textualmente, ¿no? Y decía: «a la justicia de paz», de los no letrados, ¿ah?, o sea aquellos jueces que no eran profesionales del derecho; «los legos», les decía; y él también se lanzaba la interrogante y se respondía: «¿Por qué?». Porque «administran justicia solamente con sentido común». Y ese sentido común los ha llevado a ser auténticos líderes de sus comunidades, y lo que deciden es ley, pero más aún, es aceptado sin reparo alguno.

Bueno, de aquel entonces a hoy, todos los jueces cualesquiera que sea su nivel de autoridad jurisdiccional, tienen que ser formados en derecho, y miren cuánto ha cambiado, ¿no?

Y lo digo a propósito, porque conversaba en el prolegómeno de esta actividad con la doctora Anchante, y ser árbitro no implica necesariamente ser abogado.

Y retomando mi expresión anterior de sentido común, es que del árbitro reclamamos valores; del árbitro reclamamos criterio; del árbitro recla-

mamos razonabilidad; ponderación; y el efecto de todo ello, encontramos en ellos justicia. Es lo que queremos.

En mi condición también de congresista, hace unos años atrás, presidí una Comisión del llamado caso Roberto Orellana, que hoy está privado de su libertad en el lejano penal de Challapalca, y encontramos un drama no solamente en el sistema de justicia, sino yo diría de la institucionalidad de nuestro país, porque fallaron jueces, ¿cierto?, fallaron fiscales; también es cierto; fallaron peritos, es cierto; fallaron notarios; fallaron registradores; fallaron policías y también fallaron... todos fallaron.

Luego; y, es más, es latente en estos días, las denuncias de corrupción, y tenemos que admitirlo, encontramos graves responsabilidades, y no voy a generalizar, es obvio, en algunos árbitros que no supieron usar con responsabilidad, prudencia y compromiso lo que es esta delicada responsabilidad y misión que es ser árbitro al servicio del país.

Revisando una data histórica del marco normativo, como ha hecho alusión la doctora, se modifica cada dos años la Ley de Contrataciones y su reglamento.

Y el gran debate de esta última década ha sido arbitraje institucional o arbitraje *ad-hoc*, y no hemos abordado los problemas de fondo; los problemas estructurales que hay detrás del arbitraje; y revisando los diversos ejes temáticos que van a abordar en este Décimo Tercer Congreso Internacional, veo que todos ellos apuntan a la actualidad: cuestiones éticas, arbitraje comercial, arbitraje de consumo, recusación, investigaciones judiciales a los árbitros, corrupción, de verdad que, si no tuviera otras actividades que desarrollar, denlo por descontado que estaría las tres jornadas acompañándolos porque los ejes temáticos son sumamente importantes, pero motivadores. Y doy por asegurado que las charlas y seguramente debates que motivarán los señores panelistas van a enriquecer nuestra ley de arbitraje.

Para nosotros como Ministerio de Justicia estamos comprometidos con lo que es la reforma de justicia, valga la redundancia, pero entendemos que ésta no se puede abocar única y exclusivamente mirando al Poder Ju-

dicial; tenemos que tener una visión integrada. Ya hace casi veinte años que va a cumplir la ley de arbitraje; casi veinte años, y en el contexto histórico que ésta se da es porque en ese entonces, uno de los motores que la impulsaba, era la sobrecarga procesal que se tenía.

La pregunta es, hoy en día, ¿cuánto ha ayudado? Sí, es cierto, ha ayudado. Doy por descontado que es así, ¿no? Pero, llegamos al Poder Judicial y vemos de sobremanera hay un video difundido por el diario *El Comercio*, si no me equivoco, denominado «Justicia de papel», y creo que me relevo de mayores comentarios, porque hay evidencia a pesar de los compromisos que hace la autoridad estatal, la realidad es todo lo contrario, poco hemos avanzado. Y allí en paralelo, obviamente, están estos esquemas de justicia paralelos, como es el arbitraje, y estoy aquí, obviamente, sensibilizado porque creo que el arbitraje tiene mucho que darle al país: justicia eficaz, optimización de justicia, celeridad de los procesos, y lo más importante, hablando de institucionalidad, darle confianza a los justiciables; darle confianza a los ciudadanos.

Yo asumo el compromiso, más allá de este congreso, de articular con el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos para, de las gratas experiencias, intercambios de opiniones, pareceres, información y conocimientos innovadores que surjan de este evento, obviamente, vamos a recabar insumos importantísimos para mejor diseñar nuestro marco regulatorio del arbitraje, que mucha falta y necesidad nos hace.

Yo quiero reconocer el esfuerzo que, hasta la fecha, viene cumpliendo el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, y cobró notoriedad si no mal recuerdo, con un caso de Camisea; se ve lejano a los años, ¿no?, pero está fresco en la memoria del rol importantísimo que tuvo en aquel entonces, y creo que fue el punto de quiebre, porque a partir de aquel entonces este Centro de Análisis se apuntaló y se ganó la confianza, por eso cuando su directora nos hace una estadística de cuántas atenciones tiene, es el resultado de la confianza que con seriedad, responsabilidad ha venido sembrando al bien del país. Y eso es lo que nos falta, recuperar confianzas.

Son tiempos que están difíciles; no es nada grato decirlo. Pero a tiempos difíciles, responsabilidades; a tiempos difíciles, decisiones; a tiempos difíciles, compromisos; y este evento es de suma importancia porque al concluir este congreso doy por descontado que nos darán muchísimos elementos necesarios para empezar a construir un modelo de arbitraje acorde a las demandas presentes de nuestro país.

Y es por ello que, a veces, renuevan un concepto, ¿no?, de institucionalidad. A veces, caemos en la simpleza de identificar institucionalidad con instituciones. Hablamos de qué le proponemos a la ciudadanía, y de tal especialidad yo no veo otra respuesta que un Estado que está en la mejor aptitud y capacidad de transmitirle a sus ciudadanos, oportunidades de una oportuna y buena administración eficiente, y aquí el arbitraje tiene un rol protagónico.

Yo agradezco, señora directora, la oportunidad que me han brindado y le traigo el saludo cordial del señor Presidente de la República; por la mañana estuve con él y le transmití que iba a estar presente inaugurando este evento, y les traslado hoy sus parabienes; doy por descontado con la seriedad que viene trabajando su misión; concluirá con mejores resultados que no se quedarán solamente en el ángulo académico, sino más bienro- vocará, motivará compromisos reactivos de parte del Estado, pero también constructivos desde la perspectiva de mejorar nuestro marco legal.

Declaro inaugurado este décimo tercer congreso internacional de arbitraje.

Muchas gracias.

MESA 1: ¿CÓMO DEBEN ENFRENTAR LOS OPERADORES DEL ARBITRAJE LOS CONTRATOS CON VICIOS DE CORRUPCIÓN QUE HAN DADO ORIGEN A CONTROVERSIAS?

Luis Alberto Arequipaño (moderador)
Julio Martín Wong Abad
David Ortiz Gaspar
Leysser León Hilario
Silvia Rodríguez Vásquez

Nota de la *Biblioteca de Arbitraje*: Pedimos disculpas a nuestros lectores, pues la grabación de este bloque comenzó cortada.

Luis Alberto Arequipaño: ...son nulos *per se* o como lo dice la Ley de Contrataciones, solamente para poner un ejemplo de los tipos de contratos administrativos o de la administración pública que tenemos; si es que estos contratos que hoy en día ya tienen cláusulas anticorrupción, como también lo dice la Ley de Contrataciones, solamente tendrían la posibilidad de ser resueltos y no declarados nulos.

Y, por otro lado, también me gustaría plantear como otro tema que quizás está vinculado a este tema de los contratos que están viciados con actos de corrupción. Si es posible también, demandar, por ejemplo, quizás daños y perjuicios a aquellos agentes que están involucrados en actos de corrupción.

Luego, es posible o no es posible, me gustaría que también si pueden lo comenten, que un árbitro decline su jurisdicción. Quizás por temas legales o por temas éticos, ¿no? Es decir, que no se sienta, y eso lo hemos visto, si me permiten una pequeña indiscreción, en la corte arbitral de la Católica, que renuncian porque no se sienten cómodos con lo que se está arbitrando, ¿no?, porque perciben, se informan de que detrás de eso algo huele mal. Los contratos están viciados con actos de corrupción y prefieren

no asumirlos, ¿no?, en su rol de árbitros de una parte u otra o como presidente de un tribunal de arbitraje.

Luego, es posible que el Poder Judicial luego anule este laudo o le niegue reconocimiento cuando se conoce que hay un acto de corrupción detrás.

Finalmente, para concluir rápidamente con esta introducción, me gustaría si los ponentes y panelistas pudieran también compartir sus ideas, si es que es necesario ir hacia una reforma de las normas de arbitraje y señalen, como sucede, por ejemplo, en España, cuando los contratos violan normas de orden público, serían anulables o, en algunos casos, hasta nulo porque este es un concepto, digamos, de un interés superior que el orden jurídico busca proteger, y si todas las materias o pretensiones que se puedan derivar de contratos viciados con actos de corrupción, son arbitrables o no son arbitrables.

Qué dice nuestro sistema jurídico; nuestras normas sobre la arbitrabilidad de las pretensiones que plantean las partes de contratos que están viciados con actos de corrupción.

Y, finalmente, me gustaría plantear el tema, si es que los árbitros frente a los contratos con vicios de corrupción no puedan investigar también, ir un poquito hacia atrás sobre los actos de corrupción que estaban presentes en estos contratos. Evidentemente, si quizás son muchos temas, y me disculpan, pero quisiera iniciar con ellos.

Damos la palabra al ponente de esta mesa, al doctor Julio Martín Wong Abad, que es juez superior de la Quinta Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Julio Martín Wong Abad: Sean mis primeras palabras para agradecer al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Universidad Católica por la invitación.

Hace varios años en los cuales tuve el privilegio de dirigirme a este público y de compartir la mesa con brillantísimos profesionales, y el tema es para mí muchísimo más honroso porque soy uno de los pocos jueces que regularmente acompaña al Centro en estas actividades.

Los temas que nos ha propuesto nuestro moderador son amplísimos; voy a tratar de comentar algunos, pero en realidad, estaba dirigida mi exposición para tratar de recordar algunas de las herramientas que los árbitros tienen a disposición para enfrentar los problemas de corrupción que puedan advertir en el proceso arbitral. Hacia eso va dirigido mi tiempo.

Pero antes de eso quisiera recoger algo de lo que se ha dicho anteriormente, estamos en un momento especialísimo. Realmente, parece un lugar común decirlo porque hemos sufrido tanto por la corrupción; sin embargo, seguimos recayendo y seguimos reviviendo la misma situación.

Pero creo que como nunca en nuestra historia, estamos ante una situación que puede cambiar, que puede ser un quiebre frente al futuro. Y eso depende única y exclusivamente del movimiento social. No depende del gobierno; no depende de un Poder Legislativo, no depende de un Poder Judicial, sino depende, fundamentalmente, del movimiento ciudadano.

Si no comprendemos eso, me parece que vamos mal, esto... tampoco debemos caer, me parece, en la falacia de que todo está corrompido, de que no hay nada más que hacer y que podemos seguir haciendo cualquier cosa porque total ya nada va a cambiar. Cierto.

Si afrontamos esa actitud derrotista, simplemente, no vamos a dejar al país para las futuras generaciones; entonces, debemos comenzar con esperanza. No hay otra forma de comenzar en esta situación.

Bueno, inicio mi exposición. El arbitraje administrativo, porque creo que ése es el tema que nos convoca en este caso. No digo que no sea importante, me parece que es muy, muy importante y no se habla mucho de la corrupción también en el ámbito privado.

Pero los intereses que se juegan en un ámbito privado están en la defensa de los intereses, están en cabeza de los privados; por consiguiente, podemos decir que escogiste mal a tu árbitro; escogiste mal las reglas arbitrales, por consiguiente, sufre tú las consecuencias de una mala elección. No sucede lo mismo en el arbitraje administrativo, ¿no es cierto?, no sucede lo mismo en el arbitraje administrativo. ¿Por qué? Porque tenemos funcionarios que gestionan los intereses públicos.

Por consiguiente, tal vez lo primero que debemos reconocer es que al arbitraje administrativo llegamos todos inexpertos, que todos fuimos extraños en el arbitraje administrativo, que al arbitraje administrativo llegaron los civilistas y estaban perdidos; llegaron los procesalistas y también estaban perdidos; llegaron los propios profesores de derecho administrativo, y también estaban perdidos.

Hemos tenido que aprender mucho en el camino acerca de lo que es el arbitraje administrativo.

Entonces, me parece que ya estamos en una posición en la cual, después de cierto tiempo, podemos ir llegando a ciertas conclusiones.

Podemos concluir algunas cosas. Podemos decir después de todo este tiempo hemos llegado a ciertas, tal vez, tesis provisionales. Tal vez sean, incluso, materia de discusión en esta empresa.

¿Qué hemos aprendido? Hemos aprendido primero que el arbitraje administrativo no es igual que el arbitraje privado; que las reglas del arbitraje privado que, en un primer momento, se trasladaron casi idénticas al arbitraje administrativo, no sirven para manejar los intereses que se manejan, que se discuten, que se deben proteger en el arbitraje administrativo.

Al principio de los tiempos, incluso el laudo era confidencial en materia administrativa. Increíble, ¿no es cierto?

Lo primero que nos dimos cuenta es que la confidencialidad no podía aplicarse del mismo modo a como estaba en el arbitraje internacional, que fue el modelo de nuestra ley, al arbitraje administrativo.

Y de ahí hemos llegado, poco a poco, a ciertas certidumbres y a ciertos matices. Todavía está en discusión, pero, al menos, creo yo que en este momento podemos decir que es muy distinto hablar de un arbitraje que tiene como base la autonomía privada y la propiedad. Voluntariamente me someto al arbitraje, ¿y qué someto? Mi propiedad de la cual dispongo; y otro arbitraje muy distinto es el que tiene como base primero la ley porque el Estado no puede más que someterse a la ley; y, además, ¿cuál es la base de esa ley? La eficiencia.

Lo que busca el Estado es un juez o un árbitro que sea especialista, que sea mucho más flexible a nivel procesal, y que dé soluciones ajustadas y rápidas, y no lo que demoraba y lo que demora todavía el Poder Judicial.

Por consiguiente, no pueden ser los procesos iguales. No puede ser la lógica con la cual enfrentamos los procesos arbitrales privados, la misma que en los procesos en los cuales se discuten intereses públicos.

No es que estamos diciendo: «preferamos el arbitraje privado» o démosle un tratamiento especial. No, los intereses mismos son distintos; y, por consiguiente, las herramientas procesales tienen que responder a los intereses correspondientes.

¿Qué protege el arbitraje administrativo? El interés privado. Por supuesto que protege el interés privado. Pero, al mismo tiempo debe proteger el interés general. ¿A qué responde el arbitraje privado? Responde a lo con-

tractual. El laudo, finalmente, en el arbitraje privado es un contrato; una composición de intereses. Por eso el no juzgamiento sobre el fondo; sobre la materia de derecho es funcional a esa composición de intereses.

No sucede lo mismo con el arbitraje administrativo. ¿Por qué? Porque el Estado no puede separarse del principio de legalidad, que es un principio fundamental en nuestras Constituciones, a través del arbitraje.

El arbitraje no le puede servir al Estado para escapar de la ley; por consiguiente, es evidente y aparece que la intensidad y control sobre la motivación de un laudo tiene que ser mayor. Pero ése no es el tema que quiero tratar en este momento.

El árbitro, entonces, y lo dice nuestra Ley de Proceso Contencioso-Administrativo, reemplaza al juez del contencioso. Es, para todos los efectos, un juez del contencioso. Y, entonces, hay que recordar algunas cosas que también dice nuestra ley, ¿no es cierto?, dice: «Todas las referencias legales a los jueces podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral».

Miren, muchos árbitros y seguramente con razón dicen: «yo no soy juez». Está bien, no eres juez, pero la ley te da los mismos poderes que a un juez. Y en este escenario, ¿no es cierto?, los árbitros, como hemos hecho los jueces también, muchas veces deben comprender la lucha contra la corrupción, no es sólo un asunto de interés público, es una materia de orden público.

Hay sobre esto, ya no solamente leyes nacionales sino de convenciones internacionales, por consiguiente, los árbitros están obligados a luchar contra la corrupción, no a separarse del proceso porque piensen que pueden tener problemas ante un hecho de corrupción ocurrido en el proceso. Ésa no es la labor de un privado o no debería ser la de un privado.

Veamos dos escenarios: la utilización de un proceso arbitral para santificar un pago corrupto, y el segundo escenario, una demanda de nulidad de un contrato obtenido con corrupción.

Del segundo caso ya tenemos un ejemplo en Colombia. El laudo Ruta del Sol que ha anulado un contrato celebrado con corrupción. ¿Qué pasa? ¿Qué hemos visto? ¿Y qué hemos visto nosotros en las salas comerciales cuando tuve el privilegio de inaugurar la justicia comercial en nuestro país?

Hemos visto que muchas veces los laudos ordenan pagos de dinero; y de esa manera, ordenando el pago de dinero, la coima regresa multiplicada a la empresa que corrompe.

Es claro, muchas veces, la entidad era la más preocupada en que el arbitraje fuera favorable a la empresa; muchas veces no había defensa; muchas veces no había el profesionalismo que ahora podemos reconocer en las procuradurías públicas, por lo menos, en algunas.

Ésta es una noticia del día lunes, Odebrecht ha reconocido que ha realizado pagos corruptos para obtener contratos en Chiclayo y Amazonas. ¿Qué dice la Fiscalía? Dice que el resultado es que hubo un perjuicio económico para la entidad de más de nueve millones de soles, y precisaron que fue por pagos indebidos a favor del contratista y como consecuencia de un arbitraje no aplicado.

En estos casos, ¿qué debe hacer el árbitro? ¿Separarse? Cuando sospecha que el proceso está sirviendo estos fines ¿tiene que renunciar? Y, ¿qué estaríamos consiguiendo con éstos? Hasta que llegue un árbitro, con la catadura para aceptarlo y fallar como quiere la empresa o como quiere la entidad. En mi opinión, no. El árbitro debe demostrar, en ese caso, que tiene la entereza necesaria para investigar.

¿Qué dice el 190 del Código Procesal Civil?, que ahora resulta aplicable, ¿por qué?, porque es un poder otorgado a un juez que también puede utilizar un árbitro. Dice: «son improcedentes los medios de prueba, incluso, hechos afirmados o incluso admitidos por la otra parte, ¿no cierto?»

Sin embargo, dice: «el juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraudes procesales». Es la situación.

Si presumo que el proceso está sirviendo para un fin corrupto, puedo investigar. La ley me da el instrumento para investigar si eso es así.

El Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Católica, nos dice: «adicionalmente los árbitros podrán ordenar la actuación de aquellas pruebas que, a su criterio deban actuarse fijando la fecha para su actuación, de considerarlo conveniente».

Y, miren, incluso, los árbitros tienen mayor facilidad para ordenar prueba de oficio. Si ustedes revisan nuestro 194 del Código Procesal Civil, los jueces solamente podemos ordenar prueba de oficio de manera excepcional. Revisen la Ley de Arbitraje, revisen la Ley Modelo de Arbitraje, revisen el Reglamento del Centro de la Católica, y verán que el árbitro no tiene ninguna cortapisa; no hay ninguna excepcionalidad. Puede, sin ningún problema, ordenar pruebas de oficio.

Por consiguiente, sí me parece que falta algo que debería completarse, ¿no es cierto?, la posibilidad de que se extraigan consecuencias desfavorables para la parte renuente a presentar la prueba de oficio.

Y eso no es nada extraño. ¿Por qué? Porque en las reglas IBA sobre recojo de evidencia sobre prueba, ya se dice que el tribunal puede inferir que ese documento no presentado por parte renuente es contrario a los intereses de esa parte. ¿De acuerdo, no es cierto?

Entonces, ante la no presentación, tendría un arma; podría inferir de ese comportamiento un resultado contrario a esa parte.

¿Qué más puede hacer un árbitro? Puede comunicar la existencia de indicios delictivos al Ministerio Público. El mismo deber que tiene un juez; informar a la Contraloría General de la República. Nosotros, en las salas comerciales veíamos, a veces, defensas del Estado lamentables; absolutamente lamentables. No podíamos defender al Estado nosotros; somos jueces. En esos casos, lo que hacíamos es ir con el Consejo de Estado: «Revisa la actuación de este procurador en este proceso; nos ha parecido deficiente. Revísala». Más no puedo hacer porque tampoco es cuestión de premiar al profesional que no logra hacer un buen trabajo.

Hay varios peligros actualmente. Se han conjurado algunos, y muchas veces me parece que los árbitros consideran que están haciendo justicia, a pesar de la ley.

Yo presumo mala fe en muchos árbitros, pero si recuerdan todo el problema de enriquecimiento sin causa que durante muchos años sirvió para distorsionar en los concursos o en los procesos de licitación pública, en los cuales una empresa ganaba el proceso de selección porque ofreció un precio bajo, pero ¿qué resultaba? Que en el desarrollo del proceso de la construcción o de la obra, se generaban los llamados «presupuestos adicionales» que no se aprobaban y que, sin embargo, luego eran demandados y eran concedidos por los árbitros a través de la figura de un enriquecimiento sin causa.

Eso, en la práctica, era obligar al Estado a contratar, y pareciera que algo... y, por consiguiente, algo que no estaba en el convenio, también se hacía ingresar al convenio.

Los jueces rápidamente advertimos eso y anulamos laudos por ese motivo; por lo menos, la sala comercial. Sin embargo, a la Suprema le tomó algún tiempo, por lo menos, unos tres o cuatro años para asumir el criterio,

pero desde entonces, ya lo mantiene. Y, finalmente, ese criterio ha sido recogido en la ley.

¿Cuál es el peligro actual? Por lo menos, el que yo veo más grande en la norma: la absoluta indefinición de lo que se llama el equilibrio económico financiero del contrato.

Si ustedes revisan, casi, casi podríamos aplicarlo a cualquier tipo de contrato estatal o de contratación pública, mientras en otros países la regulación es muy fina.

En nuestro país, simplemente, se dice que modificado el contrato, si esto afecta el equilibrio económico financiero, se tendrá que recomponer.

¿Por qué dejan esas puertas abiertas?, digo yo. ¿Por qué el legislador se olvida? ¿Por qué los expertos en contratación pública se olvidan de temas como éste? Y no es un tema pasado; perdón, y no es un tema que vaya a pasar, ya ha pasado.

Si ustedes revisan el laudo Oncoserv, en el cual se condenó al gobierno de Arequipa a pagar siete millones de soles, y luego supimos por confesión de los árbitros que se habían repartido el 10% entre ellos. ¿Cuál fue la figura que utilizaron esos árbitros para justificar el pago de los siete millones de soles? El equilibrio económico financiero del contrato aplicable a todo.

Entonces, el particular no tiene riesgo. Si varía, está asegurado todo. Con lo cual me parece se distorsiona. Ahí hay un tema que merece reflexión y que me parece que debe mejorarse a nivel legislativo.

Si consideramos que todo está perdido, podríamos también abandonar este congreso, y decir: «para qué seguir, incluso, viviendo en el país».

Debemos tener fe; debemos mejorar todos; debemos ser críticos; debemos ser autocríticos; pero, sobre todo, debemos tener confianza.

Mientras estemos dispuestos, ni siquiera a entregar el corazón, sino simplemente a comprometernos, creo que podremos esperar que algo mejor para nuestros hijos y para el futuro del país.

Muchísimas gracias.

Luis Alberto Arequipeño: Gracias, doctor Wong.

Inmediatamente, damos la palabra a... bueno, vamos a conversar con las damas, creo. ¿Te parece bien, Silvia?

Bueno, vamos a comenzar, entonces, con los comentarios de Silvia Rodríguez Vásquez, Secretaria General de Arbitraje y Conciliación del CARC.

Silvia Rodríguez Vásquez: Gracias, buenas noches.

Tengo una presentación. Si la pueden poner, por favor.

Gracias, Martín, por esta presentación que inicia muy esclarecedora también por lo que está sucediendo.

Yo quería empezar diciendo que en la presentación han hablado de la situación actual del arbitraje, han hablado de los árbitros, de lo que se está viviendo; la corrupción, pero, si se dan cuenta, no han hablado de los centros de arbitraje.

Aquí Luis Alberto habló de varios operadores, pero no de los centros de arbitraje, pero es que esto es algo que está sucediendo en la actualidad, y es algo que en las reflexiones que hacía para poder preparar esta ponencia iba diciendo «y qué hacemos nosotros los centros de arbitraje».

Quería presentarles algunos titulares de noticias que han salido últimamente, justo lo que decía Julio y Martín: «Odebrecht reconoce pago de sobornos por obras en Iquitos y Chimbote», que eso ha sido el domingo, en el que ha dicho: «sí». Han tenido ese contrato por coimas, para decirlo claramente.

Meses atrás, GyM dijo, declaró ante la autoridad que había simulado una licitación para ganar una obra y ése es el monto: 476 millones. Eso ha sido hace poco también. Tenemos también en la Avenida Evitamiento de Cusco, lamentablemente, también involucrado Odebrecht.

Aquí tenemos también ya otro lado de la corrupción que es contra Félix Moreno por el caso Córpac, que también se terminó; es más, está con sentencia esto y se determinó que hubo corrupción para obtener el contrato, ¿no? Saltarse toda la regulación de contratación pública.

Entonces, nosotros nos ponemos a pensar aquí que pueden darse varias situaciones. El Poder Judicial sentencia a los involucrados por haberse probado la obtención de contratos mediante actos de corrupción; una situación uno. Una situación dos: una de las partes del arbitraje manifiesta a las autoridades que ha obtenido el contrato bajo actos de corrupción. Ya lo hemos visto que está sucediendo. Y la situación tres es que la Fiscalía inicia investigación por presuntas irregularidades en la obtención de la buena pro.

Digo, la Fiscalía, pero de repente, no sé, de repente los periodistas que últimamente están sacando mucha información de estas irregularidades.

¿Qué pasa en este caso? Y aquí hago la pregunta, que se la pongo, incluso, que está todavía acompañándonos el Ministro de Justicia es ¿qué

pueden hacer las instituciones arbitrales antes estas situaciones? Que nos toque a nosotros es algo, y ¿qué podemos hacer? ¿A qué estamos facultados?

Y es aquí donde yo podría responder irme a la Ley de Arbitraje y darme con la sorpresa mala y triste de que tengo una ley que no me permite hacer mucho, sino solamente ser un espectador.

Tengo una ley que dice, solamente la Constitución, en el numeral 2, que el arbitraje puede ser *ad-hoc* o institucional, y me habla en el numeral 3, que en caso de falta de destitución de una institución es *ad-hoc*, y si alguien se rehúsa; una institución se rehúsa y no acepta el encargo, se vuelve *ad-hoc*.

Últimamente, la Ley de Contrataciones del Estado ha querido regular un poco más las instituciones arbitrales, pero las ha querido regular más para tenerlas bajo control, entiendo, porque, obviamente, con todo lo que está sucediendo, obviamente, el OSCE está tratando de encontrar una respuesta; el Estado, en general, está tratando de encontrar una respuesta a esta situación.

Entonces, en conclusión, podríamos rápidamente cerrar mi intervención y decir: «Bueno, las instituciones no podemos hacer nada».

Pero, ésa no es la idea, hay un vacío en la regulación y creo que este momento es el necesario para hacer propuestas para poder hacer que los centros de arbitraje; que las instituciones arbitrales tengan una firmeza, una respuesta en conjunto sobre estos contratos que se están presentando y que está haciendo el día a día de nuestros arbitrajes.

De pronto tenemos un arbitraje que viene con investigaciones penales y tenemos a una parte que ha dicho: «Yo he conseguido este contrato bajo corrupción, pagando coimas». Y, luego, viene y presenta una solicitud de arbitraje. Obviamente, ese arbitraje nosotros no lo aceptamos.

Entonces, ¿qué es lo que debemos hacer? Solamente va a depender de cada institución. Eso es lo peligroso. El vacío que existe en este momento es lo peligroso. Porque, entonces, dependerá de qué tanto esta institución arbitral va con los valores de ética, de independencia, de imparcialidad; y, obviamente, de querer la justicia y no tener intereses económicos de por medio.

En realidad, se presenta un gran problema para nosotros cuando la decisión de los árbitros es distinta a la decisión que nosotros podemos adoptar.

Felizmente, en nuestro Centro ya algo nos estábamos empezando a dar cuenta, y la regulación que tuvimos en el reglamento fue: «nos vamos a inhibir»; nos vamos a inhibir de todo aquel caso que consideremos que podría ir contra la ética y contra la eficiencia de un arbitraje.

Pero, creo que el esfuerzo solitario nuestro debería, de alguna manera, reflejarse en una legislación que pueda, de alguna manera, responder a esta situación.

Pero, el problema que se presenta para nosotros como operadores, es que tenemos a los árbitros que, en realidad, son los directores del proceso, que puedan tomar una decisión distinta a la que nosotros consideramos adecuada porque, obviamente, los centros estamos manejados por profesionales que también tenemos decisiones, que advertimos situaciones irregulares. Y, si ocurre esto, qué es lo que podemos hacer.

Lo dejo, en realidad, como una reflexión para todos acá. Obviamente, el Centro, tomando la decisión siempre de inhibirse de este tipo de casos, pero creo que sí es necesario que exista, de alguna manera, una regulación determinante, obviamente, en lo que el OSCE pueda hacer.

Esperemos el día viernes, que van a venir representantes del OSCE y poder conversar con ellos, pero también, desde el Ministerio de Justicia, de repente también tomar algún tipo de acción sobre esto y fortalecer a las instituciones arbitrales. Hacer que las instituciones arbitrales puedan tener algún tipo de ascendencia sobre los árbitros y evitar que se repitan estas conductas.

Solamente, quiero llamar la atención de ustedes porque existe este predictamen con un conglomerado de proyectos de ley, en el que quieren hacer la reforma. Yo entiendo que hay muy buena intención, pero dentro de este conglomerado se ha filtrado algún tipo de proyecto de ley que está queriendo favorecer a algunos árbitros que están soterrados; están muy bien escondidos; evitando; luchando contra las reformas que, obviamente, los centros de arbitraje hemos emprendido, especialmente, el de la Universidad Católica, ¿no?

Entonces, por ejemplo, tenemos aquí el 1088, que está, incluso, incorporado de manera muy hábilmente por el segundo lugar, y este 1088, en realidad, es un refrito del lamentable caso que todos conocemos de hace tres o cuatro años atrás, que querían implantarla, que ese 1088 busca eso y lo que quiere realmente es atar de manos a los centros. Nosotros no vamos

a poder confirmar a los árbitros; no podemos designar, tenemos que incorporar, prácticamente, a la fuerza a profesionales en nuestras nóminas, situación que, obviamente, para nosotros es sumamente complicada porque no sabemos qué estándares de ética y qué estándares de eficiencia puedan tener los profesionales.

Entonces, creo que esta norma, si se llega a aprobar, es definitivamente, un retroceso en la lucha contra la corrupción y, definitivamente, no va a dar lugar a que los centros de arbitraje puedan trabajar de manera tranquila, transparente, limpia, como lo que queremos, ¿no?

Ya termino. Solamente también para decirles que este mismo proyecto de ley nos impide retirar a personas, habiendo revisado los antecedentes, retirarlos de la nómina, sino que tienen que seguir todo un procedimiento que, prácticamente, es como si fuera un proceso, digamos, hasta penal porque tienen que ser cosas objetivas, revisadas, fielmente comprobadas, etc.

Cuidado, los centros de arbitraje trabajamos en base a la confianza, y si un profesional no nos da la confianza suficiente como para trabajar con él, somos libres de retirarlo de nuestra nómina. Parece que este proyecto de ley olvida esto; y, definitivamente, hay intereses de por medio para evitar que esta reforma llegue a su fin.

Eso es todo lo que tenía que decir.

Muchísimas gracias por la atención.

Luis Alberto Arequipéño: Bien, siguiendo con la discusión de esta mesa, vamos a presentar al doctor David Ortiz Gaspar, que es procurador público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para que nos dé unas apreciaciones sobre lo que se ha expuesto.

David Ortiz Gaspar: Sean mis primeras palabras para agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos la invitación por permitirnos compartir esta mesa con destacados árbitros especialistas e investigadores, y sobre todo también destacar a los diferentes actores que el proceso arbitral, por lo general, en este tipo de eventos escuchamos las importantes presentaciones de los especialistas, profesores, árbitros, y a veces tampoco escuchamos qué es lo que pensamos los procuradores con respecto al arbitraje. Entonces, yo creo que esta es una palestra importante para, desde el ámbito de nuestras competencias, poder hacer algunas breves reflexiones. Y en el ínterin de esa reflexión voy a tratar de poder responder algunas interrogantes que ha hecho el moderador de esta importante mesa.

Creo que no hay duda de que la sensación del germen de corrupción está, digamos, en la sociedad peruana. Y eso se debe, pues, a muchos casos de corrupción que han sido destapados por las investigaciones. El caso Odebrecht, que muy bien señaló; el caso Orellana y otros, ¿no?

Pareciera que ese principio constitucional que es base para la perseverancia de un estado constitucional que, de hecho, que es la presunción de inocencia, parece que en el Perú se ha invertido y ahora existe la presunción de culpabilidad. Entonces, ya no... si, de repente, alguien actúa así, ya es porque es corrupto.

Entonces, y eso lamentablemente también la prensa y diferentes medios de comunicación no han sabido canalizar, y eso también ha llegado al arbitraje, ¿no? Y, entonces, también eso sí es muy importante tenerlo en cuenta.

Por ejemplo, estaba leyendo una estadística de la Procuraduría Anticorrupción, y decía que el 92% de alcaldes y gobernadores del país están siendo investigados en la actualidad por presuntos actos de corrupción. O sea, casi el 100%. Esto es para preocuparnos, ¿no?

Entonces, como bien ha dicho nuestro Ministro de Justicia, el presidente de prensa pública del Estado, la corrupción ataca la institucionalidad del arbitraje; la seguridad jurídica.

No debemos olvidar que el arbitraje no ha llegado al Perú, simplemente, por tener un método alternativo de resolución de conflictos más, sino era una necesidad importante de incorporar este método de resolución de controversias porque necesitábamos seguridad jurídica; necesitábamos rapidez, necesitábamos eficiencia porque en los arbitrajes, por lo general, vemos temas especializados, temas técnicos; y, sobre todo, por sacar de ese aparato que está, pues, enquistado con este fenómeno de la corrupción. Ése era el objetivo.

Entonces, nosotros como operadores de esta importante institución, tenemos que defenderla, tenemos que atacarla, tenemos que pronunciar-nos cuando existan proyectos de ley, por ejemplo, que traten de mutilar o cortar el progreso y el desarrollo del arbitraje.

Yo creo que este evento es muy importante para poder pronunciar-nos.

Entonces, lamentablemente, el efecto de la corrupción, pues, ha atacado diversas instituciones, y, lamentablemente, digo, también ha atacado al arbitraje. Ha atacado al arbitraje y eso, pues, es muy preocupante.

Y, entonces, ante esa circunstancia, ante esta problemática, digamos que el fortalecimiento del sistema arbitral es una tarea de todos: de académicos, expertos, abogados, procuradores, pero, sobre todo, en esta presentación yo quiero delimitar a un operador importante porque creo que eso es la base para todo.

Sobre todo, creemos, y aquellos que ejercen o tienen un poder decisorio en una contienda, como son los árbitros, quienes deben asumir su rol sin temor alguno.

Y eso es muy importante porque deben ejercer esas facultades importantes, no solamente delimitadas en el convenio arbitral, sino también en la ley, y como también han dicho los profesionales que me han antecedido, en el buen criterio. O sea que el árbitro no solamente debe delimitarse al convenio arbitral, sino también analizar y reflexionar que es jurisdicción constitucional.

Entonces, bajo ese escenario el árbitro tiene una doble función; por un lado, cumplir el encargo contenido en el convenio arbitral; y otro, evitar la convalidación de actos que sean contrarios al orden público. Contrarios al orden público, como por ejemplo, la corrupción.

En el Perú, el tratamiento de la corrupción dentro de los procesos arbitrales, pues, hemos podido observar; hay investigaciones penales; hay declaraciones de aspirantes a colaboradores eficaces que han señalado que han utilizado el arbitraje para dar manto legal a pretensiones de contratistas, etc., entonces, es muy importante analizar ello.

Y, lamentablemente, todavía no tenemos mucha experiencia en estos temas; de cómo se ha tratado la corrupción en los procesos arbitrales porque la cláusula anticorrupción ha sido incorporada recién; hay algunos contratos que se han declarado nulos en el marco de esta cláusula anticorrupción y todavía no tenemos, o al menos, yo no he podido encontrar un laudo que se haya pronunciado con respecto a esa cláusula anticorrupción. Entonces, recién estamos aprendiendo.

Entonces, es importante recurrir a la experiencia internacional; y, entonces, yo estaba buscando unos casos y encontré por ahí algunos casos ICC, donde hacen un análisis de casos donde han analizado este tema de la corrupción en los casos arbitrales.

Por ejemplo, el primer caso, el caso 1110 del año 1963, en que una empresa británica le había encargado a un intermediario argentino que le

busque contratos en la Argentina; contratos, básicamente, de ejecución de obra pública.

Se genera una controversia; van a este órgano de resolución de controversias, y el árbitro determina que existían vicios de corrupción. En ese año, en el año 1963, lo que hizo el árbitro, declaró, pues, que no podía conocer este caso porque era un tema de orden público; y, en consecuencia, era no arbitrable.

Entonces, yo creo que ese criterio ya ha sido dejado de lado porque si revisamos los pronunciamientos posteriores, por ejemplo, de este órgano de la ICC, desde 1981 hacia adelante, el criterio que ha tenido este órgano ha sido pronunciarse con respecto a los vicios de corrupción de los arbitrajes. Y, por ejemplo, resalto uno que es del caso 6497, donde de manera textual, literal, lanza la siguiente máxima. Dice: «el tribunal no puede convalidar actos de corrupción», ¿no? Y, en el marco de ello, declara nulo un contrato que tenía vicios de corrupción.

Entonces, podemos observar que el árbitro que conlleva un rol jurisdiccional no puede ignorar estas ilegalidades. Por eso es importante que el árbitro esté entrenado, pues, para detectar aspectos de corrupción dentro de un proceso arbitral.

Y, delimitando a la contratación con el Estado, es importante que el árbitro conozca la realidad, y conozca las prácticas dolosas, a fin de determinar los actos, conductas y demás elementos que puedan generar aspectos viciados de corrupción.

Por ejemplo, si un árbitro no conoce cuál es el *modus operandi* que las empresas utilizaban para poder generar algunos beneficios, pues, no van a ser muy loables sus funciones.

Por ello, es importante que los árbitros valoren declaraciones de testigos, adopten técnicas modernas de interrogatorio, identifiquen las cláusulas oscuras, sopesen las actitudes de las partes en el proceso, entre otros.

Y, hay diferentes órganos internacionales que han elaborado, por ejemplo, las banderas rojas (las *red flags*) donde señalan algunos elementos, algunas prácticas que pueden ser utilizadas, como por ejemplo, observar aquellas operaciones que han tomado en lugar, países conocidos por pagos de corrupción.

Un caso en concreto observo que, de repente, los honorarios del tribunal arbitral vienen de una cuenta de Andorra, por ejemplo. Entonces, los

árbitros deben observar ello. Y, entonces, ya se les debe prender el foco y analizar esos temas.

O, por ejemplo, pagos de servicios a terceros que son desproporcionados. Entonces, podemos decir ¿en el Perú existe o no un marco legal para que el tribunal arbitral aplique ello. Y sí existe el marco legal. Por ejemplo, el artículo 3, inciso 2 de la Ley de Arbitraje, señala el principio *kompetenz-kompetenz*. El tribunal genera su competencia; delimita su competencia, y el artículo 40 de la Ley de Arbitraje literalmente dice: «el tribunal es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas», y una cuestión conexas podría ser el tema de corrupción. Por lo tanto, sí existe el marco legal.

Y, para concluir, quiero terminar con esta frase literal que encontré en un libro de un jurista connotado, y dice: «dejar de lado elemento o atisbo alguno de corrupción implicaría que el arbitraje pierda vigencia por una falta de reacción en defender la propia institución y sirva de refugio para lavar el provecho económico de hechos delictivos, perdiendo toda credibilidad y eficacia».

En ese sentido, quiero concluir señalando a los señores árbitros que conocen estas controversias que no solamente se queden en el convenio arbitral, sino que vayan más allá y reflexionen sobre que no solamente están conociendo un caso concreto, sino también tienen la jurisdicción que está amparado por la Constitución, y en el marco de eso, no pueden convalidar aspectos vinculados a corrupción.

Muchas gracias.

Luis Alberto Arequipeno: Gracias, doctor Ortiz.

Bien, damos el uso de la palabra a nuestro último panelista, el doctor Leysser León Hilario. Tiene el uso de la palabra.

Leysser León Hilario: Muchas gracias, Luis Alberto.

Un saludo a la distinguida concurrencia y mi agradecimiento a la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por esta invitación.

¿Cómo deben enfrentar los operadores del arbitraje los contratos con vicios de corrupción que han dado origen a las controversias?

Voy a organizar mi exposición en cuatro puntos: (i) las hipótesis de contratos viciados por corrupción que va a ser, prácticamente, un resumen de lo que ya han señalado los expositores que me han precedido;

(ii) el tema de la competencia del tribunal arbitral, que también ha sido dilucidada previamente; (iii) creo que sí es conveniente introducir el tema de la nulidad de oficio, según el artículo 220 del Código Civil, que es un argumento que ha recibido el impulso decisivo de la Corte Suprema en el noveno pleno casatorio; una norma que, prácticamente, en treinta y cuatro años de vigencia del Código Civil ha sido famosa por no ser aplicada; y, finalmente, (iv) las acciones alternativas a tomar frente al problema de la corrupción.

Creo que en este estado de cosas, en el momento en el que nos encontramos, ya es posible elaborar una tipología del contrato corrupto.

¿Cuál es el contrato corrupto? El contrato innecesario. Vital que no se construya, pero respecto del cual se pide el reconocimiento de pagos. La obra de saneamiento o infraestructura que no se termina, pero se alegan argumentos de vicios en el expediente técnico y se cobran daños y perjuicios, y una serie de tipos e hipótesis de contratos que no sirven para nada, como se dijo respecto de una carretera en un seminario o encuentro como el que hoy nos reúne.

Esto no solamente ocurre en la contratación pública, sino también en el campo de las iniciativas públicas privadas. Es un tema al cual se refirió la doctora Rodríguez claramente.

Imaginen ustedes, si es que como se señala existe un contrato innecesario en el que destinan el funcionario público y el privado; hay ocasiones también en que es el privado el que diseña el contrato corrupto; lo propone y con la colaboración del funcionario público, se concretan estos contratos que no sirven para nada.

El contrato sobrevaluado; el contrato en el que se cobran costos excesivos; contrato con sobrecostos.

Y el contrato con finalidad ilícita que está en la línea de lo señalado por el doctor Arequipeño al introducir esta mesa, el contrato, por ejemplo, que sirve para apañar el pago de comisiones que no tienen ningún fundamento.

En todos estos supuestos la nulidad del contrato deriva de dos causales que nuestro Código Civil contempla. La del artículo V del Título Preliminar, que declara nulos los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, y el inciso 4 del artículo 219, que se refiere a los actos jurídicos con fin ilícito.

No es la ocasión, pero para ser paritario en el tratamiento de las instituciones que nos ocupan, también estamos en un momento en el que se puede proponer una tipología del arbitraje corrupto porque hasta este momento se ha hablado y se ha exhibido públicamente para poder tener todos una idea de en qué momento nos hallamos, la figura de los árbitros sobornados, apartarse de la ley en sus decisiones.

Pero, ¿qué hay de los tribunales arbitrales que se constituyen ilícitamente?, ¿qué hay de los centros de arbitraje que se predisponen para utilizar la justicia privada como instrumento?, tema al que se refirió el doctor Wong. ¿Qué hay de los convenios arbitrales predispuestos para la comisión de actos ilícitos? Esos convenios arbitrales que nos derivan a centros de arbitraje ignotos, que tienen particulares reglas con las cuales, como en el caso Orellana al que se refirió el procurador del Ministerio de Transportes, que utilizaba para mover allá el expediente de los no muy pocos inmuebles que perpetró. Incluso, ante contratos inexistentes. Cuando las personas se enteraban de que el contrato existía y el convenio arbitral existía cuando el bien era ya embargado.

Y una tercera hipótesis que sería digna de estudio, lo digo a nivel universitario, inclusive, es el arbitraje originado ilícitamente, en el que creo que los peruanos tenemos bastante de originalidad, porque también para hacer cosas malas se puede ser original.

Esta figura es la figura del árbitro que acude a la entidad como un *fix it*, como dirían en Estados Unidos; una persona que resuelve problemas. Si la entidad tiene el problema de pagarle un sobrecosto a un contratista, el arbitraje es la solución. El árbitro se presenta y le dice: «Tú designarás a esta persona, yo apareceré por el contratista o viceversa, y designaremos como presidente a un tercero».

A veces, el presidente ignora que está siendo utilizado. Cuántos casos de tribunales arbitrales que se conocen, en los cuales los árbitros de parte votan en un sentido contra su propio presidente; y hay ocasiones en las cuales el presidente sí está involucrado.

El arbitraje originado ilícitamente es una hipótesis que debería ser, por eso, estudiada.

El tribunal arbitral es competente para analizar la corrupción en el contrato, había el dilema al que se han referido los expositores que me han

precedido, sobre si el contrato que presenta vicios de corrupción, sería uno que ocasionaría ineluctablemente la nulidad del convenio arbitral.

Este tema se ha resuelto como dijo el doctor Ortiz, utilizando el criterio de la separabilidad del convenio arbitral, y que esto nos lleva a la temática *kompetenz-kompetenz*.

La competencia del tribunal arbitral se mantiene con un expreso sustento en la Ley de Arbitraje; y, además, si es que se trata del arbitraje administrativo de contratación pública, la ley de contratación pública actualmente vigente hay estas hipótesis concretas de corrupción que son arbitrables.

Qué cosa pasa si el contrato presenta no solamente visos de corrupción, sino de inexistencia, que es también una modalidad de corrupción. El contrato que no ha sido firmado o que no ha sido suscrito, la competencia del tribunal se mantiene. Esto por disposición de la ley de arbitraje que se extiende a los convenios y contratos inexistentes.

Es un gran aporte de la práctica arbitral la institución de la inexistencia. Yo soy un creyente en que los jueces tienen la potestad de declarar la inexistencia del contrato o de cualquier acto jurídico, aunque no está regulada en el Código Civil. Ningún Código Civil del mundo regula la inexistencia; es parte de su potestad declarativa. Es una demanda de determinación de la realidad como existe en todo el mundo del *civil law*, pero en esto los árbitros tienen la posibilidad porque la ley misma no faculta o faculta a los árbitros a pronunciarse sobre la inexistencia para desarrollar una institución vacía en otros ámbitos.

Y, ¿pueden los miembros del tribunal arbitral o el colegiado pronunciarse sobre la corrupción si ninguna de las partes plantea el punto? Allí está el llamado que se ha hecho en esta mesa a que los árbitros utilicen las potestades y los poderes de los que están investidos para realizar investigación, disponer la realización o la actuación de medios probatorios que sean idóneos para ello y para esclarecer si en un caso o no se ha presentado corrupción.

La nulidad de oficio es una institución que está regulada en el Código Civil desde 1984, en realidad, está desde el primer Código Civil peruano de 1852. Es una institución surgida en el Derecho Eclesiástico del siglo XVIII, pero no se ha utilizado. En el Poder Judicial, del examen que hemos hecho cuando nos hemos ocupado de las instituciones del Derecho Civil,

parecería que los jueces tienen algún temor a quebrar la congruencia, si se pronuncian sobre la nulidad.

Pero esto ha sido objeto, materia de un gran progreso que sigue a través del noveno pleno casatorio civil, con el cual se reafirma que, en el caso de la nulidad manifiesta y la hipótesis con la que surgió esta causal de nulidad es, precisamente, la del contrato; así se decía en el siglo XVIII con causa ilícita, los jueces; y, por lo tanto, los árbitros están facultados a declarar la nulidad de oficio sobre, por supuesto, la base de las pruebas obtenidas y que el contrato sea nulo.

Qué cosa ocurre en los contratos, ¿no?, saliendo por un momento del arbitraje administrativo de los contratos con firmas falsas, cuando las partes aportan las pruebas grafotécnicas que determinan que un contrato ha sido inventado.

¿Qué otras alternativas existen, además del ejercicio correcto, oportuno, exigible, esperable de los árbitros de sus potestades para revelar hipótesis de corrupción?

Existe, y esto que ha señalado la doctora Rodríguez, es muy importante, a pesar de que es una iniciativa unilateral de nuestros centros de arbitraje ante los defectos de la ley; sí, el control *ex ante* de los centros de arbitraje institucionalizado. Hay que reforzar la institucionalización del arbitraje, que es una manera de controlar *ex ante* estos casos.

La capacitación de los árbitros en materia penal, a lo que se refería el doctor Ortiz, por supuesto, pero no solamente en materia penal, en todas las materias, como dijo el doctor Wong, cuando comenzó la mesa.

Estamos viviendo un momento en el que la generación de egresados de las universidades, aspiran a ser árbitros; ya no dicen: «quiero ser tributarista, civilista, penalista; quiero ser árbitro».

Y la formación sustantiva, en nuestra época que no es tan antigua tampoco, se decía, sí, las universitarias: «quiero ser civilista; quiero ser laboralista; quiero ser árbitro».

La formación es fundamental y la actualización permanente. No estamos refiriéndonos solamente al conocimiento de las áreas involucradas; estamos diciendo que tenemos que saber qué ha ocurrido esta semana que se han revelado esas noticias, y que esas noticias van a tener una influencia negativa en la apreciación que tenga la colectividad sobre lo que es el arbitraje y la degeneración de la que puede ser objeto.

Y, finalmente, quiero recordar las palabras del doctor Wong, la importancia del movimiento ciudadano que se puede reflejar, entre otras formas, a través del papel que cumplen las universidades con sus investigaciones.

Éste es un documento, esto que ustedes ven es un documento elaborado por el Instituto de Gobernabilidad de la Universidad de Basilea de abril del año 2019.

Tiene una lista de dieciocho hipótesis de sospecha de contrato corrupto; de los estados de cuenta irregulares; hay una a la que me quiero referir, en particular, en la que dice: «cuando resulte evidente que la condición del contratista no es idónea para haber asumido el encargo que se disputa en el arbitraje». Todos esos casos en los cuales uno no se explica cómo no se le pudo confiar a un contratista una obra. Ésa es una de las bases para sospechar que existe corrupción, y los árbitros están autorizados a indagar; obligados a indagar sobre ello.

Le llaman estos estudiantes o investigadores del Instituto de Gobernabilidad de Basilea, le llaman: *a toolkit for arbitrators*, como una caja de herramientas para los árbitros para identificar los supuestos de corrupción en el arbitraje internacional, inclusive donde los estándares son más grandes.

Para terminar porque me pusieron la tarjeta roja, igual que el año pasado, se ha repetido la... no solamente los libros, no solamente la doctrina se ha encargado de revelar estas situaciones, también los árbitros cumplen un papel, así como se dice del juez que habla con su sentencia, el árbitro habla con su laudo.

El laudo que voy a comentar, voy a leer la última parte del laudo; es un laudo internacional del año 1999 donde un tribunal presidido por uno de los gurús del arbitraje, Jan Paulsson, por favor, lo que él señala no es un caso de corrupción en Indonesia.

Los miembros del tribunal arbitral no viven en una torre de marfil, está escrito en el laudo, con tono literario, inclusive, los miembros del tribunal arbitral no viven en una torre de marfil, tampoco ven el proceso arbitral como uno que opera en un vacío divorciado de la realidad.

Los árbitros son muy conscientes de las alegaciones que se han asumido compromisos por parte de entidades del sector público, con respecto a proyectos importantes en Indonesia, sin prestar la debida atención a su contribución económica y al bienestar público. El contrato que vulnera los intereses de la colectividad. Los árbitros están obligados a evidenciarlo.

Pero dicen, a la vez, y éste es el balance que es muy difícil de alcanzar. Dicen al mismo tiempo que, en este caso en particular, a pesar de la obligación y el compromiso que tienen los árbitros para poder declarar la nulidad de un contrato corrupto o pronunciarse sobre la corrupción de un arbitraje, es necesario contar con elementos de prueba que avalen esa conclusión.

Entonces, dicen, a pesar de las graves acusaciones, éstas deben ser probadas y concluyen en el caso que resolvieron, no había evidencia de corrupción en el caso.

Así como se requiere de valentía y coraje, como se ha dicho en esta mesa, para poder poner en evidencia un acto de corrupción, se requiere ese mismo coraje para poder decir en un laudo arbitral internacional, en un tribunal constituido por estas personalidades, que los árbitros han llegado a la conclusión; a la convicción de que en el caso no ha existido corrupción.

Luis Alberto Arequipéño: Pasamos a la estación de preguntas.

Solamente para cerrar, entonces, que... sí, me dicen que por el tiempo vamos a obviar. Disculpen, más bien.

Les agradecemos al ponente y a los panelistas su participación en la presente mesa, y creo que el tema da para mucho, realmente, y ha quedado corto el tiempo.

Solamente para cerrar quisiera hacer una breve reflexión sobre un tema que es también de orden público y que afecta y está afectando a muchos Estados, ¿no?, la continuidad de estos contratos viciados con actos de corrupción. Porque no es fácil, desde el punto de vista de la gestión pública y esto ha sucedido en Centroamérica decidir sobre la continuidad o no de un contrato viciado con actos de corrupción porque hay muchos millones y mucho en juego.

Entonces, este tema es muy complejo, incluso, la Ley de Contrataciones presenta ya una alternativa para que los contratos se puedan continuar un análisis costo-beneficio que, a pesar de todos estos actos de corrupción, por interés público, se pueda continuar con la contratación; con la obra.

Entonces, bueno, lo dejo ahí. Muchas gracias por todo y nuevamente gracias a los participantes.

MESA 2: ¿CÓMO ESTÁN IMPACTANDO LAS INVESTIGACIONES SOBRE CORRUPCIÓN EN LAS RECUSACIONES DE ÁRBITROS?

Walter Albán Peralta (moderador)

Fernando Marcondes (Brasil)

Mariela Güerinoni Romero

Marianella Ledesma Narváez

Omar Sumaria Benavente

Carlos Soto Coaguila

Ricardo León Pastor

Presentador: Continuando con el programa y teniendo instalada la mesa 2, se precisa que esa mesa absolverá la siguiente pregunta: «¿Cómo están impactando las investigaciones sobre corrupción en las recusaciones de árbitros?», para lo cual esta mesa está conformada por el moderador, el doctor Walter Albán Peralta, vicepresidente de la corte de arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica y profesor principal del departamento de derecho de la PUCP.

Como expositor tenemos al doctor Fernando Marcondes, que es socio de LO Baptista - Advogados de Brasil.

Como ponentes tenemos a la doctora Mariela Güerinoni Romero, quien se desempeña como árbitro, también contamos con la asistencia de la doctora Marianella Ledesma Narváez, quien es magistrada del Tribunal Constitucional.

Tenemos al doctor Omar Sumaria Benavente, quien es socio del Estudio Cabrejos Vasallo y Sumaria abogados, al doctor Ricardo León Pastor, socio de León Consultores y al doctor Carlos Soto Coaguila, socio del Estudio Carlos Soto y Asociados, árbitros, a quienes recibimos con unos fuertes aplausos, por favor.

Le doy el uso de la palabra al doctor Walter Albán.

Walter Albán Peralta: Bien, muy buenas noches con todos, con todas. Gracias por esta presentación junto con mis colegas en esta mesa y nuestro principal orador, Fernando Marcondes de Brasil, tiene un apremio especial que lo voy a explicar, y vamos, entonces, a pasar de inmediato. Yo haré algunos comentarios adicionales después, pero vamos a escucharlo ya con su presentación en este tema sobre cómo las investigaciones sobre corrupción han impactado en las recusaciones sobre los árbitros.

Entonces, adelante, por favor.

Fernando Marcondes: Bueno, he venido a Lima, específicamente para estar aquí con ustedes esta noche, pero tengo que salir enseguida para el vuelo de Sao Paulo porque tengo compromisos mañana por la mañana.

Entonces, voy a hablar rápidamente y después les pido disculpas, pero tengo que salir inmediatamente.

Bueno, han tenido que tener un invitado brasileño para hablar de corrupción, pero creo que orgullosamente represento a mi país aquí. Orgullosamente represento a mi país aquí para hablar sobre este tema tan caliente.

Bueno, Leysser León ha entrado en el tema del segundo panel que gracias por esto porque ahora estoy autorizado a entrar en el tema del primero, para decir... para una contribución en el tema de contratos con corrupción. Lo que tenemos en este momento en Brasil es que el tema de corrupción está siendo tratado en procedimientos públicos, administrativos y penales; y las empresas, las constructoras, están todas pagando penalidades indemnizando a Petrobras y otras empresas públicas por los daños que han causado.

Entonces, el elemento de corrupción de los contratos está siendo compensado en procedimientos públicos, y esos contratos hoy son todos objeto de arbitraje.

Pero, para tratar de los *claims* que tenemos; de los reclamos que tenemos en la obra, como tenemos en todos los contratos de construcción, en general.

El tema que se discute hoy es cómo se van a decidir los casos. No hay ningún caso decidido hasta el momento, pero lo que se protege es, por un lado, la idea de que los contratos que tienen corrupción en su formación son totalmente nulos y no se debe indemnizar nada; no pueden ser decidi-

dos por los árbitros y no se paga nada a los contratistas por contratos que tienen la corrupción comprobada.

Por otro lado, la idea de que, si no se paga nada a los contratistas, hay un enriquecimiento ilícito por parte de la empresa pública que ha recibido una obra. Las obras están hechas, de manera que los contratos innecesarios que Leysser estaba diciendo aquí. La verdad, son contratos innecesarios que, de hecho, han sido ejecutados; están concluidos, pero a un precio absurdo. Entonces, la empresa pública ha recibido estos contratos; estas obras y tiene que pagar por ellas, pero pagar el precio justo.

Entonces, la idea es: tenemos el precio justo y eso está siendo ajustado en los procedimientos penales y administrativos; y, se van para el arbitraje los contratos limpios sin elementos de corrupción. Y los árbitros tienen que decidir si pueden entrar en los reclamos; entenderlos, comprenderlos y distinguirlos como lícitos o no, pero con el elemento de corrupción ya quitado. Ésa es la idea que tenemos hoy en Brasil y no tenemos ninguna decisión hasta este momento.

Bueno, tenemos que pensar en qué se pasa en Brasil y qué pasa aquí en Perú actualmente de una manera positiva.

Corrupción es un problema endémico, es una epidemia que asola Latinoamérica como África, y en menor intensidad en otros países que son mucho más civilizados o desarrollados, pero la verdad es que la corrupción es cultura; está presente en todos los sitios.

Y lo que tenemos hoy en Brasil y Perú es que el problema está sobre la mesa; lo estamos discutiendo. Estamos intentando cambiar algo. Yo... me gusta creer que estamos intentando cambiar; que estamos ahora mirando a la corrupción a los ojos e intentando librarnos de ella.

Entonces, creo que es algo positivo lo que tenemos en este momento y tenemos que mirarlo de esta manera.

Todos conocen los problemas de Lava Jato que tenemos de Brasil; los casos actuales de arbitraje, pero es curioso que en Brasil es diferente de lo que se pasa en este momento aquí en Perú. En el ambiente de arbitraje no se habla de corrupción de árbitros, no tenemos arbitrajes que están en Brasil desde 1996. En todos esos años escuchamos sobre corrupción de árbitros tres o cuatro veces, no más que esto, en un caso confirmado, pero todavía los árbitros que tuvieron sus nombres involucrados en sospechas de corrupción fueron inmediatamente alejados por las cámaras, por los abo-

gados porque curiosamente en Brasil el arbitraje se ha desarrollado muy rápidamente de una manera muy sofisticada.

El ambiente de arbitraje es un ambiente muy cualificado; y, entonces, cuando se habla de corrupción inmediatamente parece que hay un filtro natural que aleja el miembro del ambiente; y, generalmente, los profesionales no son más nombrados y son rarísimos los casos. De hecho, ésa es la situación que vivimos ahí.

En dos de esos casos, hubo las sospechas, no se confirmaron, pero también no se aclararon totalmente, esos árbitros, simplemente, desaparecieron.

Por un tiempo estuvieron allí en las conferencias, pero es como el alumno que sufre *bullying* en la escuela; se quedaba en el campo; las personas no hablaban con ellos y en pocos meses desaparecieron. Entonces, creo que ésta es una actitud que es importante para mantener el ambiente saludable; es un mercado que se autorregula el arbitraje.

Pero, yo fui a buscar algo que se ha escrito en el mundo sobre árbitros corruptos. No se encuentra nada. Es curioso, aquí en Perú se habla hoy francamente sobre la corrupción de los árbitros, pero éste es un tema que es un tabú.

Los arbitralistas, las personas que viven en el ambiente de arbitraje parecen que no quieren escribir nada sobre esto porque, eventualmente, están escribiendo sobre personas que están a su lado en las cortes arbitrales. Entonces, es un tema muy delicado y parece que, lo digo una vez más, positivamente aquí en Perú, lo estamos mirando a los ojos. Esa actitud es muy importante.

Lo que me parece que debemos pensar es que arbitraje es más que negocio, más que una oportunidad que los profesionales de arbitraje tienen de vivir, pero, principalmente, es una herramienta social muy importante.

El arbitraje está presente en la sociedad para contribuir para el desarrollo, para la civilidad, para el progreso; y, por lo tanto, nosotros que vivimos del arbitraje y todos como abogados, como árbitros, es nuestro deber preservar el arbitraje.

Cuando la situación como ésta se pone, francamente, diversos laudos, diversos procedimientos arbitrales con sospechas de corrupción y confirmación de corrupción, es deber de los profesionales del ambiente de arbitraje mantener la institución de arbitraje preservada.

Entonces, abogados que actúen en arbitraje no podemos nombrar árbitros con sospechas de corrupción, nunca más. Árbitros que están en pares de arbitrajes que tienen árbitros sospechosos de corrupción, tenemos que salir, aunque no nos guste, pero tenemos que decir: «No quiero trabajar con una persona que está en procedimiento de investigación de corrupción, aunque no esté confirmado, pero por la preservación de la institución de arbitraje».

Porque, si dejamos que la corrupción de instale en definitivo, en pocos años no habrá más arbitraje en Perú, como puede acontecer, como puede ocurrir en Brasil, o puede ocurrir en otros países que el tema venga de una manera tan fuerte como estamos viviendo aquí en este momento.

Las instituciones de arbitraje que tienen sus listados de árbitros, inmediatamente, los hombres tienen que salir de la lista.

A instituciones que no tienen listas CCI, por ejemplo, no tiene lista de árbitros; pero, seguramente, CCI no indica no apunta un árbitro que tiene una mínima sospecha en corrupción; y por eso, CCI existe hace cien años como la entidad más respetada de arbitraje del mundo.

Entonces, es un tema muy delicado y tenemos que estar muy atentos. La idea es recusar árbitros, los podemos apuntar si una parte apunta, tenemos que recusarlo y hablar de eso. Decir: «No podemos aceptarlo porque este árbitro es sospechoso de corrupción».

Tenemos que enfrentar con coraje este tema, porque, si no lo hacemos, en poco tiempo, tenemos que encontrar otra manera de vivir, de trabajar.

Yo soy abogado, soy árbitro, soy miembro de *dispute boards*. Aquí en Perú ustedes tienen una ley de *dispute boards* desde el 2013. Y creo que hasta donde estoy informado no han empezado los contratos todavía utilizando *dispute boards*, pero el riesgo es exactamente lo mismo. La corrupción puede contaminar el ambiente de *dispute boards* de la misma manera que contamina el ambiente de arbitraje. Y, todavía más, porque los miembros de *dispute boards* son realmente muy especializados, por tanto, son pocas personas normalmente con histórico de trabajo, con entidades públicas, con empresas de construcción de todo.

Entonces, la dependencia económica de miembros de *dispute boards* en un país pequeño es muy grande. Entonces, hay que tener mucho cuidado para impedir que los *dispute boards*, que creo que en poco tiempo serán utilizados en Perú, sean igualmente contaminados por este tema de co-

rrupción que es algo que puede, simplemente, extinguir estas herramientas tan importantes que son el arbitraje y los *dispute boards*.

Mejoraron mucho la vida de las empresas que ayudan a las cortes a acceder libres de casos que son casos especializados con dificultades y todo. La rapidez de los procedimientos, todas las ventajas, la decisión cualificada que tenemos en arbitrajes, todas las ventajas que todos conocen que, de un momento para otro, se pueden desaparecer, simplemente, porque no enfrentamos y no miramos a los ojos el tema de la corrupción.

Entonces, ésa es la invocación que hago a todos ustedes que sigan adelante en el trabajo que están haciendo.

Estamos aquí dentro de la Universidad Católica, dentro de la Cámara, hablando de un tema que es sensible para todos los que están aquí.

Esto es un acto muy importante que está pasando aquí, en estos tres días de conferencia. Estamos hablando de un tema muy delicado y lo estamos mirando de frente; sigamos así para salvar, para preservar el arbitraje y seguir con esta gran meta tan preciosa que tenemos.

Y listo. Muchas gracias por estar aquí.

Walter Albán Peralta: Bien, ya con esta presentación, simplemente, comentar antes de darle la palabra a quienes son propiamente los que integran el panel para esta mesa.

Mi saludo al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, bueno, también a la persona por su puesto César Guzmán-Barrón, fue el fundador y a la doctora Marlene Anchante que es la actual directora.

Creo que se está haciendo una tarea muy importante que ha ido cobrando cada vez más importancia, son veinte años desde la fundación de esta institución; y bueno, ya se planteó cuál es la pregunta sobre la cual girarán los comentarios que vamos a tener a continuación; pero, sin restringirlo tanto literalmente al texto de la pregunta, sino de diferentes aproximaciones según hemos podido conversar con las personas que integran el panel.

Yo diría que, respecto a las recusaciones y cómo esto ha impactado en los arbitrajes, hay lo que podríamos decir en materia de seguridad del ciudadano, que en eso es muy difícil pronunciarse una percepción.

Ha fluido; es decir, hay un número mayor de recusaciones, sobre todo, estamos aquí haciendo referencia a lo que se pudo conocer desde, aproximadamente, mayo del año pasado 2018, cuando se supo que había una

carpeta fiscal que involucraba a un número de árbitros, a un importante número de árbitros en relación a investigaciones por el caso Odebrecht; y, a partir de ahí, ha habido este incremento, pero como digo, es una percepción, es una manera porque cuantitativamente no hay forma de saberlo.

Éste es un punto clave sobre el cual quiero aprovechar el tema de esta mesa para reiterarlo.

Hay que transparentar más toda la información porque estamos haciendo referencia al arbitraje en contratación pública con participación del Estado, y no hay ninguna razón para que esa información sea secreto o reservada o lo que fuere.

Y sigue primando ese criterio y eso es, a todas luces, lo único que hace es, más bien, contribuir con quienes no quieren el arbitraje, y se pueda quedar liberado de esta lacra de corrupción que también lo ha alcanzado en alguna medida.

Y, en ese sentido, por ejemplo, hay que felicitar la iniciativa de la Cámara de Comercio en defender el faro de transparencia, pero cuando uno va a ver las recusaciones, no, ahí no se publican porque están las sanciones.

Bueno, OSCE, el último dato que encontré es del año 2015. Bueno, si en la entidad del Estado que tiene que ver con el asunto, no lo está, no está brindando toda la información necesaria. Eso es algo preocupante.

Bueno y también tendríamos que hacer, me considero parte del Centro de la Católica por lo que pertenezco a la Corte de Arbitraje, una suerte de autocritica porque tenemos que avanzar más la transparencia y, por ejemplo, tampoco nosotros hemos publicado las resoluciones que tienen que ver con ese tema.

Es una cuestión que entiendo que hay que discutirla, hay que debatirla, pero, por lo menos, en lo personal, yo quisiera impulsar este tipo de información; o sea, el que se haga más transparente esta información.

Y, bueno, entonces dado que solamente podríamos hablar de cuál es el reto que tienen, sobre todo, las instituciones arbitrales en relación a las recusaciones, a propósito de casos de corrupción, como hice referencia antes por lo de Lava Jato. Hay que construir criterios, porque esos criterios no están ya predefinidos.

Hay que recordar, por ejemplo, en la presentación que nos hacía el profesor de Brasil, que allá por un lado hay poco arbitraje; y, por otro lado,

no hay como en el Perú la obligación de que el Estado vaya a arbitraje para resolver sus conflictos.

En consecuencia, esta realidad es muy especial, es particular y requiere de ir construyendo criterios, salidas para reforzar esto.

Me preocupa que esta discusión donde todavía, en términos de política nacional, no se termina de resolver la cuestión de si los arbitrajes con participación del Estado deben ser solamente institucionales, por ejemplo. Hay grandes intereses que se juzgan en el Congreso para ir contra esto. Bueno, y ayer iba a haber ya una discusión al respecto, me alegro de que esté el Ministro de Justicia para tratar de ponerlo en autos sobre este asunto, aunque ya veo que está bastante informado, pero creo que hay que tener cuidado, ¿no? Quienes se mueven detrás de esto saben cómo hacerlo.

El proyecto para tratar de imponer que los centros de arbitraje no pudieran tener su propia lista de árbitros, que es elemental que sea así, que lo tuvo el excongresista Eguren en el Congreso anterior, resucitó en el nuevo Congreso, como un proyecto de un congresista Kuzuya, me parece.

Y ahí se detuvo, pero lo que me sorprende es que ya hay un dictamen de la Comisión de Justicia diciendo que este proyecto está muy bien y que debiera pasar.

Entonces, al arbitraje se le está, digamos, amenazando desde varios lados y creo que las instituciones arbitrales tienen acá un rol fundamental para tratar de construir en favor de que, más bien, se fortalezca este mecanismo.

Bien, yo quiero quedarme acá, porque no tengo nada más que decir, pero, obviamente queremos que esta mesa sea ágil y hemos pedido diez minutos como máximo a cada uno o cada una de las personas que me acompañan en el panel, y sin mayor trámite, entonces, le doy la palabra, por favor, a Mariella Güerinoni, adelante, por favor, Mariella.

Mariella Güerinoni: Muchas gracias.

Muy buenas noches a todos, mi especial agradecimiento a Marlene, al doctor Cesar Guzmán-Barrón, a Silvia, directivos del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la universidad por haberme honrado con esta invitación y participar con este panel compuesto por tan prestigiosos profesionales.

Tengo que ser breve, por lo tanto, ahí quedo en cuanto a los agradecimientos y saludos.

Como bien nos ha manifestado Walter, el tema no debe agotarse, de repente, en el impacto de las investigaciones en las recusaciones, investigaciones por corrupción, por supuesto, en las recusaciones de árbitros.

De repente hay que ver cómo estas investigaciones por corrupción en arbitraje han impactado en las recusaciones, evidentemente, pero un poquito de repente en un campo mayor, y me quiero referir rápidamente a cuatro o cinco impactos que he podido detectar al momento de preparar esta ponencia.

Un primer momento se presenta cuando el árbitro recibe una designación. Resulta que una de las partes es una de las empresas investigadas y tiene que comunicar su aceptación. Se le presenta un poco como el dilema de Shakespeare en Hamlet, pero parafraseándolo un poco es acepto o no acepto; ésa es la cuestión, ¿qué hago?

Entonces, desde ese punto de vista, se podría definir este dilema tanto por la no aceptación o por la aceptación, y yo en la no aceptación y aceptación he detectado dos situaciones claras.

La primera es que, evidentemente, nadie quiere. Si tiene una trayectoria limpia, transparente, de años en el ejercicio arbitral; si, de un momento a otro, puede verse involucrado en investigaciones por actos de corrupción, como árbitros, por supuesto, y exponer a su familia, exponerse a sí mismo ante la sociedad en investigaciones de incautaciones de allanamiento de inmuebles, nadie quiere eso, evidentemente, alguien que ha llevado bien su trayectoria, no quiere manchar su imagen.

Entonces, la primera situación que encuentro es que árbitros probos y eso lo digo porque lo he visto un poquito en la práctica, a raíz y como consecuencia de toda esta situación, árbitros probos con una trayectoria limpia, simplemente, se niegan a aceptar un arbitraje en el que participen empresas investigadas, y se niegan a aceptar, precisamente, por eso, porque no quieren verse expuestos en el futuro y se cuidan. No quieren correr ese riesgo.

Eso trae un riesgo tremendo y perjudica al sistema arbitral, en general, porque la no aceptación de árbitros probos, especializados, con reputación conocida y una trayectoria intachable, lo que va a acarrear es que, de repente, estos casos en los que, evidentemente, tiene que haber un arbitraje porque así lo pactaron las partes y el arbitraje es inevitable, sean, pues, de repente, por árbitros inexpertos, poco especializados, poco técnicos y no

puedan llevar eso a laudos eficientes o laudos mal... o soluciones o resoluciones mal planteadas, por decirlo de alguna manera. Ésa es una primera arista.

La otra arista que he podido detectar es, esto es un árbitro probo, seguramente, con una trayectoria, pero resulta que el arbitraje es su fuente de vida, es su fuente de ingresos y, bueno, acepta la designación, a pesar de que una de las empresas es una de las empresas investigadas.

El riesgo acá, y que lo he podido percibir en algunos casos, es que esté en riesgo su imparcialidad. ¿Por qué? Porque, finalmente, lo que va a intentar este árbitro para mantenerse en el mercado, y dado que la gran noticia era, pues, que estos árbitros habían favorecido a los contratistas contra el Estado. Lo que va a intentar este árbitro para no perder este ingreso y este *modus vivendi* es, simplemente, darle al Estado la razón así no la tenga, ¿no es así?, y buscar la forma de favorecerlo.

Entonces, si es así, si es que un árbitro va a poner en riesgo su imparcialidad o tiene dudas de su imparcialidad, en realidad, no debería aceptar el arbitraje porque éticamente no corresponde que lo acepte.

Por supuesto que todas estas situaciones se van a poder detectar o percibir, siempre y cuando, se aplique lo que Walter acertadamente acaba de decirnos, y es en el momento en que realmente las recusaciones, los laudos sean publicados, y que todos estamos interesados en el sistema arbitral y que somos operadores del sistema arbitral, podamos obtener esa información. Caso contrario, va a ser imposible.

Entonces, respecto de esto de la imparcialidad o falta de imparcialidad que podría acarrearle porque un árbitro simplemente acepta para no perder el arbitraje, me trae un tema a colación adicional que es el de la motivación de los laudos y definitivamente, yo esto lo he conversado en otro foro acá con el doctor León Pastor, con Ricardo, en otro foro hace poco, sobre los estándares de motivación; y lo que yo sostuve en esa ocasión y lo sostengo ahora, es que los estándares de motivación en el arbitraje, sobre todo, y de repente exclusivamente, no lo sé, es otro tema que podemos discutir, pero en contratación estatal debería ser muy estricto; debería ser similar al de las sentencias judiciales y con muy alto estándar de motivación en cuanto al razonamiento, en cuanto a la valoración negativa o positiva de los medios probatorios, en cuanto a los hechos expuestos. El laudo debe decirnos y

explicarnos con claridad cómo es que el árbitro ha llegado a esa conclusión, sea para favorecer al Estado o para no favorecer al Estado.

Lo único que... un minuto. Tengo más que decir, como pueden ver, pero me queda un minuto. Lo único que me queda por decirle a los árbitros que son probos, que tienen una trayectoria que, realmente, son especializados en contratación estatal y que tienen esta vocación de servicio para dirimir las controversias que se deriven de este tipo de contratos; y, siempre y cuando, por supuesto, no esté en juego su imparcialidad deben y tienen la obligación de aceptar los arbitrajes y cumplir, de esa manera, la misión que se les está encomendando.

Muchas gracias.

Walter Albán Peralta: Gracias, Mariela.

Como sabemos, ella tiene amplísima experiencia y me alegra mucho coincidir en los temas sustantivos en este aspecto.

Bueno, en seguida le corresponde la intervención a la doctora Marianella Ledesma. Ella, como sabemos, es magistral del Tribunal Constitucional; pero, además, tiene también mucho conocimiento del tema arbitral y ha publicado sobre esto, de manera que escuchamos con toda atención, por favor, su intervención.

Marianella Ledesma: Muy bien, gracias Walter.

Primero, mi agradecimiento, mi felicitación, mi reconocimiento a César Guzmán-Barrón a Marlene Anchante por la perseverancia de seguir impulsando los temas de arbitraje a través del Centro de Análisis de Resolución de Conflictos.

Bueno, como les decía, quería agradecer a Marlene Anchante, a César Guzmán-Barrón por su perseverancia en divulgar estos temas de arbitraje, a Silvia Rodríguez, de igual forma, a través del Centro de Análisis de Resolución de Conflictos.

La pregunta es bastante interesante por la coyuntura en la que nos estamos moviendo actualmente y quisiera empezar estas breves reflexiones por el tiempo tan corto que tenemos, tal vez tomando lo que dijo hace un momento el expositor Fernando Marcondes, que el arbitraje es una herramienta social, y eso creo que es el tema que, posiblemente, no está visibilizada la actividad arbitral; y es, más bien, mirado como un tema tan privado que lo que menos se quiere hacer de repente hacerlo público, transparentar la información, sobre todo en tema de contrataciones del Estado y eso lleva

en cierta manera a debilitar, por lo menos, la información y la forma de cómo se resuelve y las incidencias en el arbitraje.

Partiendo de eso, la pregunta es cómo impactan las investigaciones de un delito que no es común y corriente, que es corrupción sobre la recusación de los árbitros. Y, para tratar de dar una respuesta, quisiéramos ubicarnos en el escenario, por lo menos, en el imaginario social. Cómo percibimos cuando tenemos noticias que un árbitro está sometido en una investigación fiscal, sea que nos enteremos en la prensa o que formalmente hayamos tomado conocimiento de esa situación en el Centro.

De hecho, que lo primero que va a generar una sorpresa, una activa duda, una sospecha, una alerta que no sé hasta qué punto puede contribuir al clima de confianza o credibilidad que debería abonar a la actividad del árbitro.

Pero también hay algo que tenemos que analizar, que la investigación fiscal o judicial, no sé en qué etapa se encuentran estas investigaciones, están premunidas si por una presunción de inocencia que abona también al árbitro.

Pero también es cierto que en ese escenario que les dije que es el imaginario social que es algo que hay que rescatar teniendo en cuenta que estamos ante una herramienta social, también es cierto que no estamos hablando de un delito cualquiera, sin minimizar no estoy hablando de un delito de lesiones, sin minimizar no estoy hablando de una omisión de asistencia familiar; estamos hablando de un delito de corrupción en la que está involucrado un árbitro investigado, por el momento, pero que sí, en cierta manera, me genera preocupación, me genera duda, yo no digo que sea responsable por ahora, pero sí hay, por lo menos, una alerta mínima que despertaría en quienes se van a someter a la decisión de este árbitro.

Y para eso también debo recordar que las partes cuando se someten al arbitraje, no sólo esperan una respuesta especializada y pronta, una de las cosas que siempre encaran a justicia oficial estatal, es que los árbitros o la justicia arbitral es una justicia altamente confiable.

¿Y por qué es altamente confiable? Porque las partes eligen a sus árbitros; los jueces se escogen. Ésa es una frase en la política muy polémica: los jueces sí se escogen en los arbitrajes; los jueces no se escogen en la vida judicial porque ya tenemos el concepto del juez predeterminado. Pero, el árbitro o el juez particular sí se escoge.

Y se escoge ¿por qué? No sólo por su especialidad, se escoge también por su trayectoria de vida, por su profesionalismo que, en cierta manera, abona a lo que uno puede llamar «confiabilidad», que es casi, diríamos, el elemento *plus* o el elemento central en la actividad arbitral.

Entonces, cómo preservar que un árbitro, cómo preservar la confianza en el árbitro, cómo preservar que las partes sigan manteniendo esa confianza en el árbitro que designaron o que aceptaron que sea su juez.

Esperamos que un árbitro pueda ser o pueda convertirse en un libro abierto; de no esconder información; de no mentir; de exhibir toda la información que las partes quisieran conocer para evitar esas dudas que, al final, menoscaban su confiabilidad.

Y en esa pregunta de que cómo aportamos para que las partes sigan creyendo en los árbitros, más aún cuando hay esta sospecha, yo quisiera dividir esa situación en dos fases. Una primera fase en la que, cómo hacemos desde el ámbito de los centros de arbitraje; y la otra, cómo hacemos cuando ya está en la actuación arbitral propiamente dicha.

Hasta antes de su actuación yo debo relevar mucho el arbitraje institucionalizado. Los casos donde hemos visto, de alta corrupción en arbitraje, siempre he tenido como prototipo arbitrajes *ad-hoc*, sino veamos el caso Orellana, que todos tenemos un árbitro único hasta una notaría única, todo era una organización montada.

Pero, el arbitraje institucionalizado, por lo menos, es la esperanza de mi parte que siempre he creído porque va a haber un centro, va a haber una organización que, por lo menos, va a postular una nómina de árbitros que, en cierta manera, va a tener un filtro por parte de esa institución que está mostrando públicamente quiénes podrían ser los árbitros en los que podríamos confiar para la solución de un conflicto, ¿no? Es una propuesta al público que, y acá viene el tema polémico; o, por lo menos, que ha generado cierto cuestionamiento: propuesta al público que debe ser permanente, que no debe ser alterada, que no puede ser renovada, que no puede, de repente, alterarse o renovarse cada cierto tiempo.

Han existido criterios y el Centro de la Católica también ha estado involucrado en un tema concreto. No me acuerdo el árbitro que, al final, terminó denunciándolo porque fue retirado de la lista y ahora creo que está con un proceso penal.

Bueno, entonces, ¿qué tenemos que decir ahí? Lo que hay que sostener es que los centros de arbitraje constituyen la vanguardia o el baluarte de preservar que los árbitros que muestran, sean los árbitros que, por lo menos, en un primer intento, nos generen una confianza, y por eso es vital permitir que puedan los centros privados de arbitraje renovar sus listas.

No estamos acá haciendo una especie de estatus o inamovilidad o un tema de estabilidad que, por el hecho de estar en la lista, ya es una situación permanente que me impide ser renovado. Por lo menos, es mi opinión.

Más aún, si la permanencia de un árbitro en esa lista puede generar un efecto nocivo para la propia institución por los antecedentes que en sí puede uno ya advertir de su comportamiento, ¿no? Y en una ponderación, entre preservar la presencia de un árbitro frente a lo que estaría en riesgo en cuanto a la credibilidad del arbitraje en sí por quien va a manejar o dirigir ese arbitraje, tendríamos que inclinarlos a ver el retiro de estos árbitros.

Bueno, tampoco estoy de acuerdo en aras de ver la confiabilidad de un árbitro que se pretenda imponer árbitros que no estén dentro de la lista única o dentro de la nómina, porque, en cierta manera, también desnaturalizaríamos la figura del arbitraje *ad-hoc* que, perfectamente, si quieren pueden operar en esa área, pero no exigiendo o imponiendo que, a través de los centros privados de arbitraje, se tenga que aceptar arbitrajes que no forman parte de ello.

En plena tramitación del arbitraje, podemos asumir un tema de recusación, ¿no? Y, más aún, si esto viene por la sospecha, por la duda, en cuanto a su credibilidad, tendríamos que inclinarnos por la posibilidad de ser muy flexibles en aceptar su retiro del arbitraje.

Estamos hablando de la participación de un árbitro en la que existe la sospecha muy sensible de un delito de corrupción; y, por lo tanto, hay un mensaje que mayormente los jueces lo mantenemos, que no hay que ser juez solamente en las decisiones que uno toma, sino hay que parecer, en la independencia que uno debe mostrar.

Y quiero terminar con esto, hay un trabajo muy bonito que sugiero leerlo que dice: *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?* Es un trabajo de Jorge Malem Señay. Grafica cómo un juez que había vivido en una zona muy marginal, tenía amigos delincuentes, organizaciones altamente criminales y se reunía porque eran sus amigos; compartían; comían. Él pagaba

sus cuentas; él no participaba de los hechos delictivos, pero, al final, era su grupo.

Y que, al final, por más que él no comparta esas ideas, el hecho de tener esas vinculaciones, lo que llegaba a cuestionar, es lo que podemos decir: la apariencia que debe guardar un juez frente a sus actos en la vida social.

Si eso se da en un caso muy general, yo diría, en casos donde sí hay algo tangible como es una investigación por corrupción, el tema se torna más intenso y más preocupante.

Por eso yo quiero terminar respondiendo esta pregunta ya de manera concreta, que sí estoy de acuerdo en que basta con la sospecha de que se pueda dar en una investigación fiscal o la que pueda darse, por preservar la institucionalidad del arbitraje, pediríamos que se acepte la recusación de los árbitros sin mayores contemplaciones.

Walter Albán Peralta: Gracias, Marienella.

Tu intervención, además, me recuerda yo hice referencia a la necesidad de avanzar en cuanto a transparencia en las instituciones arbitrales; pero el gran, digamos, el bloque oscuro de este asunto está en el arbitraje *ad-hoc*, y los únicos estudios que se tiene que son, precisamente, uno del Centro de la Católica y otro de la Contraloría General, ya datan del 2013, me parece.

Y ahí se establecía que el Estado, cuando va al arbitraje, y el Estado tiene que ir al arbitraje siempre como sabemos que surge un conflicto en ejecución de un contrato, más del 70% se van al *ad-hoc*.

Ahora ¿por qué? Y, por ejemplo, yo le preguntaba a un periodista de *El Comercio*, que sacó un reportaje donde decía que la Cámara de Comercio le había hecho ganar no sé cuántos arbitrajes a Odebrecht. Y le decía: «Pero, perdón no es la Cámara. Los árbitros han resuelto, efectivamente, en favor de Odebrecht, y quién sabe, en algunos casos, podría ser que no haya ahí, nada que cuestionar, pero, y le digo: «Y, ¿qué pasa con los *ad-hoc*? ¿Por qué no han investigado? Y me dijo: «Pero, ésta es toda la información que recibí de la Comisión». En ese momento, en el Congreso, la «Comisión Lava Jato». Claro, porque cuando la Comisión ha pedido información sobre arbitrajes del Estado, a los únicos que pudo recurrir fue a Amcham, a la Cámara de Comercio y al Centro de la Católica. Lo demás está en el limbo porque nadie sabe exactamente. Por eso es que el arbitraje *ad-hoc* no puede ser aceptado en lo que toca a arbitraje con participación del Estado, según mi opinión y creo que estamos coincidiendo con Marianella.

Bien, le toca ahora el turno a Carlos Soto. Él es socio fundador del Estudio Carlos Soto abogados y especializados en arbitraje, pero también él tiene una amplia trayectoria en lo que es promover reflexión académica en torno a esta institución. Adelante, Carlos.

Carlos Soto Coaguila: Muchas gracias, Walter.

En primer lugar, es de buena educación agradecer a los organizadores de esta conferencia internacional; y, desde luego, resaltar el trabajo que inició hace ya muchos años César Guzmán-Barrón, a quien veo sentado y ahora la dirección en cargo de Marlene Anchante y la secretaria de varios años a cargo del centro de arbitraje, Silvia Rodríguez.

La pregunta del panel o el tema del panel es puntual, tal vez debería responderse directamente la pregunta o ir y generar un debate.

Quisiera antes de alcanzar una respuesta a la misma, compartir con ustedes algunas consideraciones previas que siempre son necesarias para entender el contexto en el cual estamos caminando.

He escuchado con alegría a Julio Martín Wong, también a Walter Albán con quien hemos conversado largas horas sobre el tema de que el arbitraje administrativo es un tipo de arbitraje distinto al arbitraje comercial; y, probablemente, en el mundo el Perú sea el único país que tiene este sistema o este arbitraje particular; es decir, con la modestia de vida he recorrido buena parte del mundo y sólo en el Perú se arbitra de manera obligatoria en materia de contrataciones con el Estado.

Un viejo y querido amigo con quien fundamos el Instituto Peruano de Arbitraje, Jorge Santistevan de Noriega, cada vez que salíamos de gira, él decía: «en el Perú hay dos secretos bien guardados; por un lado, la comida y la gastronomía que, obviamente, nos ha llevado a un sitio muy importante, y luego resaltaba el arbitraje. Y, dentro de ello, el arbitraje con el Estado, el arbitraje administrativo, el arbitraje OSCE, el arbitraje de contratación pública.

Y este arbitraje, como lo conocemos nosotros, no ha sido regulado de manera especial. La Ley de Arbitraje, en el Decreto Legislativo n.º 1071, ha regulado a todo el arbitraje, en general.

Existen sí algunas normas particulares, pero todos los que ejercemos y practicamos diariamente en los arbitrajes con el Estado, vemos que son dos figuras distintas, son dos tipos de arbitrajes que requieren un tratamiento diferenciado

Dicho sea de paso, cuando se habla, por ejemplo, de anulaciones de laudos en el ámbito judicial, la pregunta que uno debe de hacerse es separarnos de qué laudos estamos hablando.

Los arbitrajes de los laudos que derivan de arbitrajes comerciales o de los laudos que derivan de arbitrajes con el Estado. Y uno verá que las estadísticas son notoriamente distintas.

Pero, regresando a la idea principal y, antes de que se vaya el tiempo, es no debemos de perder de vista la importancia que tiene el árbitro y de la importancia de elegir buenos árbitros.

El árbitro es el profesional que va a resolver la controversia y que va a poner fin en una sola instancia, si queremos utilizar de manera coloquial ese término, porque no hay apelación, salvo que se pacte expresamente esa controversia.

Por lo tanto, las partes y, en este caso, el Estado y el contratista tienen la libertad; y, desde luego, esa libertad deberá ejercerse de manera razonable y diligente de elegir buenos árbitros.

Pero más allá de la elección de buenos árbitros, los profesionales a ser árbitros también tienen que tener la obligación y el deber de que ellos son los garantes del arbitraje.

Si ellos hacen un mal trabajo, y no me refiero necesariamente a corrupción, me refiero a árbitros que, simplemente, no trabajan, el arbitraje no va a funcionar.

No debemos poner sólo el foco a la corrupción. Veamos en todas las deficiencias o falencias que pueden y que encontramos en tribunales arbitrales. De allí que se haya convertido en una aforisma de práctica común decir que el arbitraje vale lo que valen los árbitros.

Es importante que el árbitro entienda que cuando es designado para integrar un tribunal arbitral, debe revelar toda la información que considere que las partes tengan que conocer, tengan que tener conocimiento, a efectos de que puedan o confirmar su participación del tribunal o activar la figura de la recusación.

Dicho de otro modo, un árbitro no revela lo que a él le parece que deba revelar. Un árbitro lo que tiene que pensar es qué información es la que necesitan las partes para que puedan sentirse cómodas de que yo intervenga en este tribunal arbitral. Es decir, no basta con decirle: «Bueno, aquí tiene usted cinco cajas de información». No.

¿Qué información es la que las partes, tanto el Estado como el contratista, deben tener y deben conocer, aun cuando ésta sea pública? Deben conocer, a efectos de que ellos, dentro del plazo que establecen los reglamentos arbitrales o la ley, tomen una decisión de activar la figura de la recusación o no activar ninguna figura; y, por lo tanto, implícitamente confirmar la participación de ese profesional en el tribunal arbitral.

Una regla que no está escrita y no hay en ningún reglamento, en ninguna ley de arbitraje, pero los viejos con experiencia, no necesariamente por la edad sino por experiencia arbitral, me han enseñado: «frente a la duda, revela».

Es decir, si dudas tú respecto a algo, revela esa información porque, finalmente, las partes valorarán y tendrán en cuenta esa información, a efectos de si activan o no, una recusación.

Es más frecuente también ver cómo los centros de arbitrajes o los abogados y las discusiones arbitrales utilizan las reglas de la IBA en materia de conflictos de intereses para fundamentar una recusación; o, en todo caso, para alegar alguna independencia o imparcialidad o falta de independencia o imparcialidad del árbitro.

Y debo recordarles que las reglas de la IBA no están pensadas para el arbitraje doméstico; las reglas de la IBA están pensadas para el arbitraje internacional. Y ni siquiera para cualquier tipo de arbitrajes, es para el arbitraje internacional comercial.

Y, entonces, por ejemplo, ustedes encontrarán una regla que un árbitro se encuentra en una situación de, no necesariamente de conflicto de interés, pero, en todo caso, casi dentro de un faro cuando es nombrado dos o tres veces por la misma parte. Eso en el Perú sería impensable porque sabemos muy bien que los arbitrajes se cuentan por centenas, entonces, no hay forma de que se pueda aplicar.

Eso no implica que tampoco se deje de lado o que se deje de lado las reglas de la IBA. Lo que tienen que hacer los practicantes del arbitraje en las instituciones arbitrales, es aplicar de manera diligente, razonable, concienzuda y con su prudencia, estas reglas arbitrales.

Y ahora vamos a la recusación, y es ¿que vemos en las recusaciones? Y planteo la... y rescato la pregunta, ¿un árbitro que se encuentra investigado por actos de corrupción es necesariamente o hay ausencia de falta de

imparcialidad, de falta de independencia? Es decir, ¿o lo que hay es una falta o una desconfianza de las partes de que integre el tribunal ese árbitro?

Podemos decir o partir de la premisa de que un árbitro que falló a favor de una parte, hay una falta de independencia, una falta de imparcialidad, creo que el tema no es tan fácil para concluir y decir: «sí, yo creo que primero habrá que analizar caso por caso».

Estamos hablando de actos de corrupción y, probablemente, qué actos de corrupción. ¿Nos estamos refiriendo únicamente a las investigaciones que se han originado a raíz del caso Lava Jato y toda la operación Lava Jato o también vamos a incorporar los actos de corrupción en el ámbito privado?, que también todo esto conllevó, como sabemos muy bien, a una modificación en la legislación penal para incluirle el tipo penal de la corrupción privada.

Entonces, creo que ése es un tema que amerita una reflexión; y, además, creería que los centros de arbitraje deberían dialogar entre ellos porque vemos hoy día, sabemos, mejor dicho, que las recusaciones no son públicas porque no se publican, pero se conoce que en algunas instituciones arbitrales se han declarado fundadas y en otras se han declarado infundadas.

Creo que esto amerita un diálogo entre las instituciones arbitrales porque debería haber estándares y reglas de cómo actuar frente a este tipo de árbitros.

Y ésta es una tarea de las instituciones arbitrales, lo que a su vez conllevaría a preguntarse, y con esto finalizo, Walter, es, si las recusaciones deben ser públicas; y, por lo tanto, deben colgarse en las páginas web de los centros de arbitraje, como ocurren en el OSCE con las recusaciones, aunque no están sistematizadas, pero, principalmente, los dos centros de arbitrajes más importantes reflexionar y decir, vamos a hacer una publicidad referida a las recusaciones en materia contra la acción pública, por lo menos, no me refiero a las comerciales. Creo que ésa es una agenda pendiente.

Nada más y muchas gracias.

Walter Albán Peralta: Bien, Carlos.

Yo lo primero que quisiera hacer es señalar mi total coincidencia con que debiera haber una ley especial, distinta a la ley de arbitraje que fue pensada entre privados porque la institución arbitral nace en el campo privado; en consecuencia, creo que, por ejemplo, esa tendencia de querer hacer todo reservado, viene de algo que se explica en conflictos entre particula-

res, la reserva, la confidencialidad, pero lo han trasladado mecánicamente al campo arbitral en la contratación pública y eso es muy delicado porque ahí no tiene por qué haber ese nivel de reserva o de confidencialidad cuando se está hablando de millones y millones que tienen que ver con todos los ciudadanos en el país.

Pues, bien, y lo que quisiera... porque sobre lo último que te pronunciaste no tengo ninguna discrepancia, al contrario, ya sabes cuál es mi respuesta, pero creo que más bien ahora hay que promover ese debate, pero me consta que, en algunos casos, yo hacía referencia a que el MTC es el que más ha incrementado el número de recusaciones después de que se produjo esta filtración de lo que era la información que manejaba el Ministerio Público.

Una de las razones que se han planteado como argumento para recusar es, ¿por qué no reveló que estaba siendo investigado por el Ministerio Público?

Muchas veces, además, quienes están siendo investigados se enteraron también por los periódicos, porque se filtró la nota.

Pero, efectivamente y regularmente, tendrían que haber sido por lo menos citados o se les tiene que haber dado alguna información, entonces esa recusación debería ser o no declarada fundada.

Como nos quedan todavía dos intervenciones deo planteada la pregunta a ver si por ahí hallamos alguna respuesta.

Y ahora le toca el turno a Omar Sumaria, él es socio del Estudio Cabrejos Vasallo Sumaria Abogados, también especializados en materia de resolución de conflictos y proceso arbitral.

Adelante, Omar, por favor.

Omar Sumaria: Buenas noches, antes que todo tengo que hacer uso de mi deber de revelación. En este momento, me encuentro de licencia en el Estudio porque soy asesor principal del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, para que no piensen que estoy litigando. Los datos se filtran, las redes y todas esas cosas.

Bueno, yo había preparado una exposición de veinticinco minutos, pero dado que el tiempo es corto por el nutrido panel que me acompaña y de seguro que sus ideas son más interesantes y además por su sacro santo derecho del *coffee-break*, mi comentario va a ser como mi apellido; muy sumaria; o sea, muy cortito.

Quiero felicitar al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por esta décimo tercera versión del Congreso Internacional de Arbitraje, a la cual me han invitado de nuevo.

El tema de la mesa era cómo están impactando las investigaciones sobre la corrupción en las relaciones de árbitro. Yo creo que sería cambiar la pregunta, debería ser: ¿Las recusaciones sirven como mecanismo para evitar o prevenir actos de corrupción?, yo creo el tema.

Entonces, partamos de una premisa. Muchos de ustedes habrán visto la película del *Rey León* o el *Libro de la Selva*. Entonces, ven cuando el papá, el padre de Simba está en una piedra hablando cuando Akela, el líder de la manada, está en una piedra.

Bueno, ésa es una metáfora del proceso romano antiguo. En el proceso romano antiguo había dos tipos de juzgamiento cuando se llamaba *juges*, donde muchos dicen que es el origen del arbitraje, en la cual se hablaba en llano o se hablaba en *tribunes*. El *tribunes* es una piedra alta, un lugar más alto, una silla en la cual se expresaba a toda la comunidad la decisión de este señor.

Entonces, ¿qué pasaba? Si este señor, alguien venía; un testigo, y decía: «No, que yació con la mujer de una de las partes»; «se reunió cuando se ocultó el sol con una de las partes» o «recibió un regalo a escondidas de una de las partes». Pues, a este señor se le sacaba de la silla o de la piedra y nunca más se volvía a sentar en ella, y su voz era borrada como si no se hubiese escuchado.

De ahí viene la mención de «recusación»; entonces, es tan antigua como el proceso romano y se ha trasladado a estos tiempos; y, de alguna manera, se ha desnaturalizado.

Ahora, la corrupción es tan antigua también como la vida misma. El primer acto de corrupción está registrado en la China hace cinco mil o cuatro mil años, o sea, no la ha inventado Odebrecht y no la ha inventado Orellana. Eso ya existía.

Entonces, el tema es si esta recusación hace prevenir esos actos de corrupción. Ahora, la corrupción se ha dado en los arbitrajes siempre, lo que pasa es que la gente no lo quiere decir porque es un tema muy sensible.

Hay prácticas de corruptelas muy continuas, por ejemplo, el diezmo, cuando el patrocinado, llámese procurador o abogado ha cambiado un porcentaje contra el árbitro. OK, yo digo, hoy por ti, mañana por mí, ¿no?

Cuando alguien de un tribunal lo propone como presidente y luego yo te propongo como presidente; o sea, nos damos la mano.

O cuando el mal honorario de éxito, «a cambio de que me des la razón te doy un porcentaje después de lo que se gane».

Hay prácticas; corruptelas. También las prácticas deshonestas, que no llegan a ser corrupción, pero son deshonestas. Cuando una de las partes no tiene razón, entonces no paga los honorarios, esperando que la otra parte pague los honorarios o se archive el caso. Entonces, se da en el arbitraje y eso es real.

Ahora, ¿cuáles son los factores para nombrar un árbitro? De manera formal, digamos que son dos: el prestigio y el conocimiento en la materia. Pero, de manera informal, es que me dé la razón.

Entonces, ¿qué trata la persona que quiere conseguir una ventaja? Ade-cuar lo informal a lo formal; o sea, que me dé la razón a favor del prestigio y de conocimiento de la materia.

Entonces, ahí entramos a la racionalidad de la corrupción.

Yo no quiero hablar de un maniqueísmo entre buenos y malos, probos y no probos, eso para mí es retórico, porque hay racionalidad en la corrupción y es que se plantea un eje, ¿no?, prestigio *versus* costos.

Si el prestigio con el costo va de la mano; hay punto de equilibrio, acepto el arbitraje, pero si el costo es más que mi prestigio y lo puedo perder; entonces, no me atrevo a tomar el arbitraje; por el contrario, si tengo poco prestigio y poco costo, más bien estoy tentado para tomar un arbitraje en el cual haya prácticas irregulares.

Y, este tema del prestigio y costo, pues, generan utilidades y costos; y si yo maximizo utilidades y esas utilidades pueden cubrir los costos, también estoy tentado a recibir un acto irregular.

Por el contrario, si los costos los puedo diluir, también estoy tentado para recibir un acto irregular.

Entonces, hay una racionalidad, no es si soy bueno o si soy malo, si no se responde a una racionalidad en este sistema.

La pregunta es si este mecanismo de recusación puede evitar esa racionalidad o puede romper esa racionalidad y tratar de que el interés general,

que es la decisión del caso con el interés particular porque es una actividad que racionalmente al personal pueden conjugarse o uno va a empezar sobre el otro.

Entonces, volviendo al tema del proceso romano, ¿qué pasaba en el proceso romano cuando parte de la audiencia decía, «Señor, pues, se había acostado con la mujer de una de las partes; o había recibido algún regalo; se había a verse un regalo, se había conversado al ocultarse el sol».

Aparte de que nunca más se volvió a sentar en la piedra, en la silla, en la mesa o en lo que sea y aparte de que se borraba su voz, se le quitaban sus bienes a este señor, y se le daba a la parte afectada. Eso se borró del sistema de recusación.

Yo, ¿qué pienso? Que tengo que dar reglas objetivas para que este mecanismo de recusación sea más que un sistema sancionador, un sistema preventivo.

En las resoluciones que he leído algunas de la Corte de Arbitraje del Centro de la Universidad Católica, dicen: «La recusación no es una sanción». Entonces, ¿qué cosa es? «Es una institución que vela por los principios, la prioridad, honestidad y todo lo que termine en «dad». Es muy retórico. O sea, pero ¿cuál es su función en sí? Previene, sanciona, ¿qué hace? y no te lo dice.

Entonces, yo creo que debería funcionar como mecanismo preventivo, y ¿cómo podría funcionar como mecanismo preventivo?

Para esto tendríamos que regresar a la naturaleza contractual del arbitraje. Para mí, el arbitraje tiene una naturaleza contractual.

Yo no sé, como decía la canción de quinceañera, por qué hemos hablado tanto del arbitraje y queremos tratarlo como si fuese un proceso judicial, ponemos instituciones que son del proceso a un mecanismo que tiene una lógica distinta.

Y, entonces, si vemos al arbitraje como un contrato, pues tenemos dos principios que entran en tensión, el *pacta sunt servanda* y el *rebus sic stantibus*. El *pacta sunt servanda*, el contrato es entre las partes con el *rebus sic stantibus* mientras duren estas condiciones.

Entonces, cuando se producen los actos que hacen, distorsionan o pueden llevar a la distorsión en el juzgamiento o decisión de unos árbitros,

se está alterando el *rebus sic stantibus*, entonces, cede ante el *pacta sunt servanda*.

Al ceder, esas condiciones o alterarse esa relación inicial, entonces, ¿qué ha generado? Lo que ha generado son unas externalidades para una de las partes. O sea, costos no contratados. Porque de por sí, al ser el arbitraje un contrato; un acuerdo de partes, ha generado una posición óptima para ambas partes porque se someten a un tercero; pero, cuando se altera, entonces, produce una externalidad.

Entonces, el tema yo creo que de la recusación es compensar esa externalidad. Y ¿cómo se compensaría? Bueno, para mí sería que, con el sistema de recusación, lo que se debe hacer es sancionar, tanto al árbitro como a la parte. A la parte en el error de nombrar al profesional no idóneo, y al árbitro por aceptar, entonces una responsabilidad compartida. A través de una iniciación específica más allá del tema de fondo, en un tema paralelo.

Por el contrario, si sólo vemos desde el lado del castigo, generamos incentivos perversos porque, entonces, todo el mundo comienza a recusar por recusar, pero también hay que limitar esa actividad.

Entonces, para aquella recusación infundada también ponerle una indemnización, de tal manera que nadie se atreva a poner una recusación sin fundamentos. Entonces, ahí surge y nace el equilibrio contractual, sólo habrá recusaciones fundamentadas y habrá más costo para aquél que acepte un acto irregular para romper la racionalidad en el esquema de la corrupción. Que es el viejo esquema romano. Sólo es regresar a la naturaleza, buscar un poco más en la historia y las soluciones originales, sólo eso; es tratar de encontrarlas.

Bueno, creo que se me acabó el tiempo.

Yo quiero terminar con una frase que decía Vázquez de Bobadilla: «Para ser juez, hay que tener sal de sabiduría y sal de justicia; porque sin ciencia, sería insípido y sin conciencia, sería diabólico».

Esto también se puede extender a los árbitros, para ser árbitro hay que tener conciencia y ciencia, porque sin ciencia son insípidos y sin conciencia se vuelven diabólicos.

Muchas gracias.

Walter Albán Peralta: Bien, Omar, gracias.

Y creo que ha quedado muy claro el punto.

Hiciste referencias a algunas resoluciones de la Corte de Arbitraje del Centro de la Católica, precisamente, y bueno, de alguna manera, no sé si entendí bien, pero decías como que se señalaba que la recusación no era una sanción y yo reitero que es así. O sea, la recusación, declararla fundada, no necesariamente implica que estás queriendo sancionar al árbitro, porque muchas veces una recusación puede estar fundada, pero no con algo que tenga que ver con la responsabilidad, sino simplemente con reconocer la razonabilidad de lo que sustenta la parte que recusa es suficiente para que esa recusación tenga, y creo que, efectivamente, por lo menos en nuestro medio, hay como un prejuicio de que si en algún momento se declaró fundada una recusación respecto de un árbitro, es una mancha que está ahí en su CV, y no debería ocurrir así.

Yo estoy seguro de que tú piensas lo mismo, pero quería que quede claro para que no aparezca como que en el Centro estamos pasando por agua tibia, digamos, ese tipo de recusaciones.

Bien, ahora el turno a Ricardo León Pastor. Él es socio del Estudio León Pastor y Consultores con amplísima también trayectoria en el campo arbitral.

Adelante, Ricardo.

Ricardo León Pastor: Gracias, presidente. Permiso para ponerme de pie, si me lo concede, presidente.

Walter Albán, Peralta: Adelante.

Ricardo León Pastor: Y, en estos tiempos turbulentos, donde hay muchos problemas, la pregunta que se hace es muy oportuna, ¿no? y es, yo la reformulo, ¿si estos casos de corrupción, efectivamente, impactan en las recusaciones del arbitraje general? Y yo refrasearé la pregunta diciendo, si es verdad que, si de noche todos los gatos son pardos, ¿no? Y voy a tratar de explicarme.

¿Qué es lo que sucede? Yo soy profesor universitario y trato de hacer mi tarea usualmente y me he revisado la jurisprudencia «sobre recusaciones disponibles en las páginas web». No hay mucha, pero hay.

Por ejemplo, OSCE tiene actualizada la información hasta hace pocos meses del 2019 en su página web, y el MTC también tiene información que ha publicado sobre recusaciones fundadas declaradas por este Centro de Arbitraje de la Universidad Católica. Son las dos fuentes que he podido

conocer, seguramente hay más, pero no están publicadas. Y sobre esa información puedo decir lo siguiente:

Respecto a las decisiones OSCE sobre recusación vinculadas a casos de corrupción, en el caso Odebrecht, en particular, se produjeron el año 2018, se produjeron nueve decisiones declarando infundadas las recusaciones.

Este año se acaban de publicar cuatro que siguen el mismo criterio, todas las denuncias, digamos, de imputaciones vinculadas; y, en particular, a la carpeta fiscal n.º 22-2017, que conduce al fiscal Marcial Páucar en este caso sonado de corrupción en el arbitraje, han sido declaradas infundadas por OSCE.

Mientras que el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, en pocas decisiones que aparecen en la página web del MTC, en cuatro del año 2017 y en una del año 2019, ha declarado casos esencialmente similares como recusaciones fundadas, ¿no?

La diferencia entre el día y la noche, y voy a entrar a analizar por qué. Cuál es la racionalidad en la posición de OSCE y cuál es racionalidad en la posición de este Centro de Arbitraje, a cuyo vicepresidente tenemos aquí.

¿Cuál es el criterio de OSCE? Centralmente lo que dice es: «Vista la carpeta fiscal, la 22-2017 como las imputaciones son meras imputaciones y el estado de la investigación es una investigación preliminar en la fiscalía, entonces, eso no tiene (usa una expresión «eso no causa para OSCE») una garantía de veracidad y sí una doctrina del Tribunal Constitucional español», que cita en el pie de página correspondiente.

Ustedes pueden ver eso en la página del MTC.

Como no hay una garantía de veracidad por unas meras imputaciones vinculadas a una mera apertura e investigación fiscal, entonces, no considera que haya razones fundadas como para atender una recusación en los términos planteados.

Básicamente, dice eso.

¿Qué dice el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica? Y lo dice en los nueve casos 2018 y en los cuatro del 2019. ¿Qué dice el Centro de Arbitraje de nuestra querida Universidad? Dice lo opuesto, «que en la medida en que la apertura de investigación fiscal supone desconfianza, una sombra de duda, duda que le parece razonable al Centro de Arbitraje, vinculada a la conducta de estos árbitros, entonces, frente a esta desconfianza

no se requiere un estándar de certeza, y como no se requiere certeza y hay una duda que le parece al Centro de Arbitraje razonable, entonces declara fundadas las recusaciones.

Son criterios muy discrepantes, entonces me vuelvo a preguntar: ¿De noche todos los gatos son pardos? ¿Saben por qué me lo pregunto? Porque resulta siendo que el colaborador eficaz y el principal denunciante en todo este caso tan sonado es una misma persona.

Hasta donde entiendo, esa persona no es un hombre de altísima credibilidad. Sin embargo, en su denuncia incluye a nueve árbitros, dieciocho más el diecinueve, y están consignados en la carpeta 22-2017, de los cuales hay tres o cuatro que creo que nadie aquí podría dudar de que tienen una altísima credibilidad y prestigio.

Entonces, no podría ser, pregunto yo poniéndome malicioso esta noche, que ese señor intente promover algún tipo de venganza o manipulación en sus imputaciones, y eso sería suficiente para declarar fundadas recusaciones contra tres o cuatro árbitros, como les digo, de altísima reputación.

Y dejo la pregunta anotada. ¿Qué dice el Centro de Arbitraje de nuestra universidad?, ¿cómo, digamos, que considera, o ¿qué dice en su razonamiento como elementos importantes para poder, finalmente, declarar fundadas las recusaciones?

Menciona cuatro, después de hacer todo un recuento sobre las circunstancias y tal de las denuncias sobre corrupción, cohecho; son tres delitos los que incluye la carpeta fiscal, cohecho, activo o pasivo, acción ilícita para delinquir y lavado de activos.

Piensa en cuatro elementos; primero dice: ¿hay identidad en las personas? Este árbitro recusado en este proceso que yo tengo que declarar fundada la recusación, tiene identidad de personas, identidad de partes. Y lo que dice es que sí encuentra identidad, porque, en muchos de los casos, como se ha mencionado, es el MTC, cuyo procurador también está aquí presente, el que promueve las recusaciones y tienen que ver con la investigación vinculada a problemas de aludida corrupción en casos donde participó antiguamente el MTC.

Luego se pregunta, la investigación es por qué razón, la investigación fiscal, y es por el desempeño profesional del árbitro, otro elemento rele-

vante a considerar para pensar en que tiene sentido declarar fundada la recusación.

El tercero es la naturaleza del delito, como mencionaba también nuestra querida Marianella Ledesma, y esta naturaleza del delito, lo que hace, como eventualmente su investigación se ha dilatado en el tiempo, dice que queda afectada la apariencia de imparcialidad.

Entonces, por un criterio de afectación de apariencia es que también entiende que la recusación debería ser declarada fundada.

Y, en cuarto lugar, y es una cosa en la que quiero detenerme un minuto en que el árbitro investigado en estos procedimientos, carpeta fiscal 22, es investigado, y el agraviado es el Estado peruano representado por el MTC.

Entonces, hay un vínculo, lo sugiere, pero casi un vínculo de pleito pendiente porque tú tienes un investigado que es el árbitro en la investigación fiscal y tienes un agraviado que es el MTC.

No llega a decir que finalmente el pleito pendiente, porque como ustedes saben la investigación es preliminar y en la investigación preliminar si no hay parte civil constituida porque al final del día, no es propiamente, digamos, un pleito pendiente en esos términos, en términos clásicos.

Y por esta razón, el centro de arbitraje menciona un argumento que es interesante, pero me parece que puede ser puesto en debate, dice: «Bueno, si hay esta relación en investigación preliminar entre agraviado, MTC e investigado árbitro, entonces, seguramente goza de un conjunto de derechos procesales el agraviado, en este caso el MTC, ¿cuáles? Presentar la denuncia, ojo, y esta argumentación, es decir, creo yo una argumentación hipotética, presentar la denuncia en el caso de que la carpeta fiscal 22 no presentó la denuncia al MTC. Eventualmente, declarar en esa investigación y, eventualmente, impugnar el archivo de la investigación, lo que tampoco ha sucedido porque esa investigación está en marcha.

Estos derechos procesales, creo yo, están razonados hipotéticamente. Creo que para echar más luz sobre este tipo de decisiones, habría que referirse a situaciones mucho más concretas que las que hace las decisiones de nuestra querida universidad; y esa colección de situaciones está reflejada en la carpeta fiscal 22.

¿Qué tipo de situaciones? ¿Hubo reuniones para designar la presidencia? ¿Hubo coordinaciones sobre el pago de honorarios por encima de la tabla fijada? ¿Hubo reuniones después de la instalación y para qué? ¿Para

fijar reglas de procedimiento arbitral o para arreglar el sentido del laudo? ¿Hubo, más gravemente pagos de dinero a los árbitros? ¿Hubo coordinaciones para poder impulsar todo esto? Aquí hay una recurrencia en las designaciones.

Recuerden que, y con esto voy terminando, en la lista de arbitrajes y tribunales arbitrales que son veinticuatro los procesos arbitrales cuestionados en investigación 22-2017 fiscal, hay en ocasiones una designación de un árbitro, de estos de los más prestigiosos, una o dos, pero hay otras donde hay tres o cuatro, cinco o seis y hay otras donde son elencos estables; el elenco de baile de siempre, los amigos de siempre los que están arbitrando estos casos.

Sin embargo, ninguna de estas situaciones es argumentada ni analizada en las decisiones que declara el centro de arbitraje de la universidad fundadas estas recusaciones.

Creo que hay que echar más luz, no digo que no estoy de acuerdo. Digo que hay que echar más luz porque en estos tiempos turbulentos, donde parece ser que de noche todos los gatos son pardos, no todos los gatos son pardos.

Gracias.

Walter Albán Peralta: Ricardo, me mueve necesariamente, antes de dar por concluido esta parte de la conferencia, a hacer tres precisiones. La primera es que lo que también ha dicho la Corte arbitral de la Católica es que no basta una investigación penal o preliminar para que ya sea declarada fundada.

En segundo lugar, nosotros no pusimos el enfoque en los árbitros sino en las partes, yo creo que allí es donde nos diferencia de aquellas personas o instituciones es que se han enfocado en la posición de defender el principio de inocencia. Lo que nosotros hemos sostenido es que no está en cuestión si la persona es culpable o es inocente.

Lo que tenemos que resolver como Corte es, si es razonable o no, que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en este caso, que además es parte agraviada como el Estado y que va a ser seguramente colaborador del Ministerio Público para tratar de alguna manera contribuir a probar en qué casos ha habido corrupción.

Entonces, es razonable o no decir que el MTC puede pedir que se declare fundada la recusación que ha planteado. Hasta ahí hemos llegado.

Ahora, totalmente de acuerdo, por eso decía al inicio, hay que construir con criterio y hacerlos más sólidos y creo que lo que aquí se ha dicho esta noche nos da varios elementos para trabajar con ellos, pero el debate tiene que continuar.

Bueno, muchísimas gracias, y aquí levantamos esta mesa.

Presentador: Bueno, agradecemos la ponencia de los distinguidos profesionales. Invitamos a los asistentes a servirse el *coffee-break*, retomamos el programa en quince minutos.

MESA 3: ¿QUÉ DILEMAS ÉTICOS ENFRENTAN LOS ÁRBITROS EN LA ACTUALIDAD?

Luis Alberto Arequipeño Támara (moderador)

Seguimundo Navarro (España)

Alfredo Soria Aguilar

Lisette Ortega Orbegozo

Irma Rivera Ramírez (Colombia)

Fernando Berckemeyer Olaechea

Presentador: Continuando con la programación, damos pase a la doctora Emily Horna, asociada senior del área de arbitraje y litigios del Estudio Olaechea, quien nos dará unas palabras a nombre de la Asociación ArbitralWoman.

La recibimos con fuertes aplausos.

Emily Horna: Buenos, muchas gracias por la invitación antes que nada al Centro de Análisis y Resolución de Disputas, por darnos este pequeño espacio para poder hablar de esta importante organización de la que formo parte y de la que, además, estoy muy orgullosa de ser parte por el mensaje que busca promover.

Esta organización se llama ArbitralWoman. Voy a dedicar tan sólo unos minutos para poder comentarles un poco de qué trata.

Como les decía, les voy a hablar de la organización ArbitralWoman. Para empezar mi exposición brevemente, quería nada más mostrarles algunos datos que son bastante ilustrativos y que la verdad es que a mí misma me sorprendieron bastante con respecto a la designación de árbitros mujeres en el ámbito del arbitraje internacional.

Como pueden ver, simplemente, me he centrado en esta presentación en dos de las principales instituciones arbitrales, que son el Ciadi y la ICC, la Cámara de Comercio Internacional; y en el caso del Ciadi, un dato que se revela ahí que es bastante sorprendente, es el hecho de que en los pri-

meros veinte años del Ciadi no hubo una sola designación de una mujer árbitro. Entonces, eso de por sí a mí me llamó bastante la atención.

Ya con el paso de los años pueden ver que ese número ha ido incrementando y creo que vamos en buen camino porque hemos llegado, a menos hasta el 2017 a un porcentaje de 20% de designación de mujeres, y en el caso de la Cámara de Comercio Internacional no miro más atrás, he hecho una evaluación solamente desde el 2010; vemos que, por lo menos, en ese año se hicieron 1,331 designaciones, y sólo se designaron de ese número a 96 árbitros mujeres, que es el 7.2% (2010), y después ese número ha ido evolucionando; ha ido creciendo un 14.8% con 209 árbitros mujeres; y en el 2018, finalmente, estamos, digamos a 273 que, si bien es un avance, se mantiene todavía con un número bastante bajo.

A un costado he colocado simplemente datos bastante interesantes, por ejemplo, que recién en el 2017 se constituyó por primera vez un tribunal de mujeres completamente compuesto por mujeres, y eso fue en el 2017, y algunos otros datos de otras cortes como la de Londres, donde hasta el 2016, el porcentaje ahorita es 20.6%.

Pero, por ejemplo, en el caso del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá, estamos hablando de aumento del 130% entre el 2015 y el 2017.

Simplemente, para contextualizarnos en qué situación estamos en el ámbito internacional respecto a la participación de la mujer en base a esta data.

Yo no puedo empezar a hablar de una organización si no les transmito, como yo también quise saber cómo es que se origina esta organización para entender un poco con qué motivo se organizó.

En verdad, esta organización surge con la idea, y como ahí se indica, de hacer una contribución por el cambio.

En el ochenta, obviamente, la situación, por lo que acaban de ver con el tema del Ciadi, la participación de la mujer era muy escasa y dos mujeres decidieron hacer algo al respecto. Esas dos mujeres eran Louise Barrington y Mirèze Philippe, ambas ganadoras a la fecha del premio a la diversidad por la institución CPR, que es la única que está otorgando premios, precisamente, por estos logros.

Ellas decidieron convocar a árbitros, bueno, abogadas practicantes de la resolución de disputas en diferentes países para juntarse y hacer algo al

respecto de manera conjunta, y quisieron crear una red que les permita, justamente, a las mujeres usar, bueno, crear una plataforma para que las mujeres se unan y a través de eso pueda generarse exposición. Y eso es, justamente, lo que hoy en día busca hacer ArbitralWoman.

Hoy en día, en el 2018, esta institución ha cumplido veinticinco años; está compuesta por más de mil mujeres alrededor del mundo con una cobertura de cuarenta países, dentro de los cuales se encuentra Perú.

Los principales objetivos de esta organización, simplemente, he señalado tres principales que creo que son bastante ilustrativos, es promover, obviamente, y crear la conciencia respecto a la participación de la mujer, principalmente y no únicamente en la designación de árbitros sino también en la designación de expertas en el arbitraje internacional, en lo que tiene que ver con el ascenso y el desarrollo de las mujeres en las firmas legales, cubre en realidad varios aspectos de todos esos espacios.

También y principalmente, y es lo que se logra ahora; ustedes entran a la página de ArbitralWomen y van a ver una lista de profesionales que ejercen la práctica arbitral en el ámbito internacional; tienen una lista de abogadas que cubren todo el mundo, y que a través de esa plataforma ellas crean una red; es una red de conexión. Nosotros podemos tener acceso y contactarnos y conversar con todas estas profesionales por ser parte de esta organización; y, de verdad que nos transmite una experiencia maravillosa.

Y un punto muy interesante de ser miembro de esta organización es, precisamente, el tercer punto del objetivo que es la mentoría, que es, justamente, uno de los programas que tiene esta organización y de los cuales uno puede obtener un gran beneficio.

A continuación, les cito algunos beneficios de ser miembro es, juntamente, es básicamente, ustedes entran a la página web de ArbitralWomen, hay un directorio de «ver miembros». Justo hablaba un poco antes sobre la necesidad de refrescar las listas de árbitros, pues, precisamente, con ese fin esta organización tiene una lista amplia de expertas árbitros que pueden, tranquilamente, suplir, digamos, la necesidad actual.

También, pues, a través de la creación de un perfil propio de esta página web a la que todos tienen acceso, se puede... ustedes pueden realizar publicaciones de artículos y subirlos a esta página web para una revisión general.

Entre otros aspectos hay, no sé si ustedes conocen el blog de Kluwer, es bastante importante y famoso, reconocido internacionalmente, pues, a través de ArbitralWomen ustedes pueden realizar publicaciones en este blog.

Les hablaba del principal aspecto, al menos para mí, de lo que ha implicado a este momento ser miembro de esta organización, yo estoy desde enero de este año, son los programas de mentoría.

¿Qué son los programas de mentoría? Tú, si deseas realmente realizar una carrera profesional en el arbitraje internacional, puedes solicitar como miembro de ArbitralWoman que te asignen una mentora.

Ahora les voy a mostrar rápidamente algunas de las mentoras que nos ha tocado a las que somos miembros en Perú, que son socias de Estudios muy importantes en Europa y en Estados Unidos, y gracias a esta organización vamos a poder recibir su guía y sus consejos, y todo su soporte para poder desarrollarnos profesionalmente en este ámbito.

Aquí les muestro los miembros que son del Comité Ejecutivo. Varias de las que ven aquí son mentoras actualmente de las que son miembros en Perú, igual el Consejo Directivo. Podrán ver a dos profesionales aquí que son recurrentes también en las ponencias de arbitraje en el Perú, que son Diana Droulers y Elena Gutiérrez. Elena iba a estar justo en este evento, pero no ha podido asistir, pero son dos personas que son realmente expertas y son super... son maravillosas personas.

Esto es un Consejo Consultivo que tiene el Consejo Directivo de ArbitralWoman, y en Perú somos, como les comentaba, diecisiete miembros hoy en día.

Éstas son las maravillosas abogadas mujeres del sector público y privado, de estudios de abogados también, con las que compartimos, mes a mes nos reunimos para llevar adelante, justamente, este mensaje que es promover el desarrollo de la mujer en el ámbito internacional y que creemos que es importante siempre tener presente porque es algo que se viene avanzando, pero las listas en Lima, al menos en los centros de arbitraje, si bien se ha hecho un esfuerzo, aún el porcentaje es reducido, y no creo yo personalmente tampoco en el tema de las cuotas.

Creo que corresponde que las mujeres estén por sus propios méritos, pero creo que estas plataformas ayudan bastante a la exposición, para que nosotros podamos permitir que nos conozcan, permitir que sepan que es-

tamos aquí, y permitir que sepan cuáles son nuestras habilidades, y ellas son a la fecha las diecisiete mujeres que hoy en día están en este proceso.

Las actividades que hemos realizado este año las detallo rápidamente aquí. Empezamos en enero del 2019 con el lanzamiento de ArbitralWomen aquí en Perú, estuvo presente Irma Rivera que está aquí presente con nosotros, tuvo el gusto de acompañarnos en ese cóctel de bienvenida.

En el 2019, en abril realizamos un congreso, bueno, un panel porque también a ArbitralWoman les dan paneles en ciertos eventos donde, justamente, nosotras podemos servir de ponentes; y, precisamente, por eso es que yo he tenido la oportunidad de poder hablarles hoy a ustedes aquí.

En julio del 2019 hicimos algo totalmente nuevo. Hicimos un *empowerment session*; consistió, básicamente, en reunir a mujeres de diferentes sectores para poder compartir experiencias sobre brechas de género que ellas personalmente hayan tenido, y tuvimos una reunión en un estudio, simplemente, compartiendo y dándonos consejos mutuos e incluimos una *coach* internacional.

Y, bueno, el evento que viene ahora para nosotros, y de paso aprovecho en comentarles, como ustedes saben, bueno, el 18 de septiembre vamos a tener un evento que es en la UPC. Lo está organizando ArbitralWoman, es en verdad con otras organizaciones, pero vamos a hablar un poco de estreses legales y otros temas que, bueno, ya en su momento tomarán en cuenta.

¿Cómo ser miembro de ArbitralWoman? Simplemente, tienen que acceder a este *link*, completar su solicitud; y, bueno, hay que realizar un pago que es anual, pero que te brinda realmente muchas oportunidades; y, como les digo, gracias a esas oportunidades yo hoy les estoy hablando aquí, y con esa posibilidad conocerán otros miembros que también van a estar en estas ponencias hablando un poco, ya sea de ArbitralWoman o de temas de fondo de arbitraje.

Les agradezco mucho el espacio de nuevo al Centro de Resolución de Conflictos de la PUCP, y bueno, espero que nos visiten en la página y cualquier duda, por favor, no duden en escribir a cualquiera que sea miembro de la organización en esa página web para más información.

Muchísimas gracias.

Presentador: Bueno, agradecemos la ponencia de la doctora de Emily Horna y teniendo ya instalada la mesa 3, procedemos a conocer a sus ponentes. Como moderador tenemos al doctor César Guzmán-Barrón So-

brevilla, quien fue director fundador del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se desempeña como árbitro, profesor principal para el departamento de derecho; como expositor tenemos a Segumundo Navarro, secretario general del Club Español de Arbitraje y es socio de Inarb.

Como ponentes, el doctor Alfredo Soria Aguilar, quien se desempeña como árbitro, profesor del departamento de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Privada de Ciencias Aplicadas y la Universidad del Pacífico. A La doctora Lissette Ortega Orbegoso, quien se desempeña como árbitro; al doctor Fernando Berckemeyer Olaechea, quien también se desempeña como árbitro, y a la doctora Irma Rivera Ramírez, socia del Estudio Brigard & Urrutia de Colombia.

En este acto doy el uso de la palabra al doctor César Guzmán-Barrón, quien dirige la presente mesa.

César Guzmán-Barrón: Bueno, muchas gracias.

La verdad que nos toca un reto un poco difícil porque ya es veinte para las diez y en el programa está previsto para las diez de la noche.

Sin embargo, queríamos llegar a un convenio con ustedes porque la verdad es que voy a ser bien sincero, venimos llevando trece congresos de arbitraje y cuando ya es diez de la noche, empiezan a desaparecer uno a uno los que son invitados por su esposa para que regresen a casa, y los que son invitados por no sé quién para irse a algún otro lugar. Pero, el hecho es que ya no están, y nos daría mucha pena con los expositores internacionales; todos aquí presentes; y los expositores nacionales que se han preparado con mucho empeño para hablar de un tema tan importante en tantas situaciones de límite como la ética, terminemos como lo de ayer, lo que contaba hace un rato: cuatro personas que estaban con su recusación.

Entonces, quisiéramos que realmente tengamos una presencia y les pediría ese gran favor.

Los que tengan que irse a las diez, pues, hay el WhatsApp, ahora sí lo pueden prender para que digan: «llegaremos diez y media, amor, no te preocupes», y tomen una foto para que les crean.

Ése era el primer favor que les queríamos pedir. Lo segundo es que queríamos además señalar que este tema que acaba de mencionarse, qué pena que fue tan poco tiempo, definitivamente, el papel de la mujer para nosotros es trascendental, y creo que la prueba está en que la directora del

Centro de Arbitraje es «la directora del Centro de Arbitraje»; y la secretaria general es «la secretaria general». Yo sé que hay una particular intención actual de los miembros del Centro, promover la mayor presencia de árbitros mujeres, inclusive, conversábamos con Silvia que se dice «árbitras o árbitros». La verdad es que no sé.

Pero, finalmente, el hecho de que las mujeres vayan practicando activamente es muy importante. Hacerles una pequeña referencia es un tema que yo tengo muy cerca porque mi hija que es abogada y trabaja en el área laboral de un estudio; su principal responsabilidad es el papel de la mujer en los estudios de abogados y cuál es el verdadero rol que deben desempeñar. Parece, por tanto, una tarea muy encomiable la que ustedes están desarrollando.

Lo que quería ahora era un poco introducir el tema, muy poco, porque hay muy poco tiempo, pero yo creo que acá hay un tema con relación.

Esta noche ha sido una noche inolvidable en términos que yo creo que con gran valentía los organizadores de este congreso han puesto sobre la mesa temas que, como conversábamos algunos tratamos normalmente en el café o en la parte de atrás; nunca se ponen sobre la mesa y creo que aquí ha habido la valentía suficiente para ponerlo sobre la mesa, y eso hay que aplaudirlo porque eso quiere decir a favor o en contra. Realmente se aclare expresamente qué está pasando con el arbitraje en nuestro país.

Quiero hacer una pequeña referencia. Hará ocho años que inauguramos un congreso como este, y en una exposición que preparamos con Marlene, pero que yo la hice, mostrábamos cómo ya empezaba a aparecer esta fiebre de la corrupción, y terminamos diciendo: «ustedes los árbitros que son los protagonistas serán los culpables de que efectivamente haya corrupción en el Perú».

Lamentablemente, el tiempo nos dio la razón. Y es una lástima que así haya sucedido. Tampoco es generalizar, era un 5%, 1%. No hay que generalizar.

Y la ética, por tanto, es un tema vinculado a este caso. Particularmente, yo no creo mucho en los códigos porque creo que la ética es un valor con el que uno nace, con el que uno crece y uno se desenvuelve.

En la vida hay que ser coherente y hay que ser transparente. La transferencia de la coherencia no es un tema de códigos. Sin embargo, hay esa tendencia a los códigos de ética, y en el caso peruano, ustedes conocen

muy bien, la Ley de Contrataciones del Estado, ha dedicado una reglamentación amplísima que es una copia del sistema que tiene los colores del sistema de control de la ética en el sistema internacional, pero que, finalmente, no se aplica porque no funciona el Consejo de Ética. Entonces, queda letra muerta. Entonces, son reglas que ahí quedan.

Pero, por otro lado, hay que tener en cuenta que esto tiene que ver con algo muy importante que es la conducta.

Cuando hablábamos en la tarde de los temas vinculados a la corrupción, hablamos de delitos. Cuando hablamos de ética estamos hablando de conducta. La conducta es una conducta moral.

Uno de los temas que siempre nos ha preocupado es en qué medida alguien puede ser recusado por una causal determinada, no puede ser recusado por una conducta antiética.

Los reglamentos establecen sanciones para las conductas antiéticas; amonestación, suspensión, etc., pero es un tema distinto.

Entonces, una de las preguntas que nosotros hemos dejado en el tintero para nuestros expositores es en qué medida una conducta antiética podría ser una causal de recusación o cómo se distingue la línea gris que hay entre una causal de recusación es una conducta antiética o basta y sea suficiente la amonestación, el retiro de la lista, etc., etc.

Creo que este es un tema donde más hay dos asuntos clave, y yo leyendo unos textos que aparecen en la presentación del código de ética en nuestro Centro por parte de Marlene, cita a la profesora Frisancho y me parece muy interesante cuando dice que hay dos puntos claves sobre la base del comportamiento moral en las personas; y, por tanto, en los árbitros.

El primero de ellos es la capacidad de diferenciar la moralidad de la convención, y el segundo es el anticiparse a las emociones que uno experimenta frente a un conflicto ético.

Las conductas muchas veces calificadas como éticas en nuestro medio arbitral dan, precisamente, cuenta de esta incapacidad que muchas veces tenemos para razonar cuando nos encontramos frente a esta situación de autonomía, frente realmente a un límite que la ética nos señale frente a ese tipo de conductas.

Es por eso que lo primero que nosotros queríamos conocer es qué es, finalmente, un clima ético. ¿Cuáles son las conductas antiéticas en las cuales puede, finalmente, desenvolverse un árbitro?

Pero para ello vamos a ir siguiendo una secuencia que quisiera explicarles.

En primer lugar, nuestro amigo Seguimundo Navarro, que han presentado, nos va a hablar un poco de manera general, sobre estos temas. Y conversábamos con Seguimundo en el entretiem po, que habrá, pues, en lugar de veinte, tal vez quince o diez minutos, lamentablemente, por cuestiones de tiempo. Le comentaba en broma que como él va a exponer mañana ya no exponga hoy día, pero es otro tema.

Entonces, él va a tratar sobre una serie de temas relacionados con esto y la experiencia española que yo creo que es muy importante. Ellos tienen un código de buenas prácticas, cómo se aplica en la práctica y cómo es en realidad.

Estos dieciocho o quince minutos que dedique Seguimundo van a permitir luego que yo haga unas preguntas a cada uno de los expositores o ponentes. No voy a hacer las preguntas ahora para que sea más ágil, ¿no?, ahora pregunto y después responden, pero lo vamos a hacer en orden. Y, ¿en qué orden? Nosotros queremos que primero hay que alcanzar qué se entiende por «X». Cuáles son los derivados de las «X». Y allí Irma Rivera nos va a hablar claramente y Fernando también.

Y después de eso vamos a hablar del contenido ético del acceso a la función pública y Lissette por eso nos va a hablar del caso de recurrencia en la designación y el deber de revelación. Pero, Alfredo que tiene mucha experiencia va a decir: «el deber de revelación sirve o no sirve, ¿no?, ¿de qué va?, ¿cómo va?». Y Alfredo también si en los árbitros es un tema muy importante, ¿si se pueden reunir o no con las partes? ¿Qué pasa cuando uno se siente árbitro de parte? ¿Qué pasa con aquellos árbitros que anticipadamente han dicho: «pero, no te preocupes, yo antes de nombrar a alguien me reúno con él para ver qué piensa y después lo designo»? ¿Es eso ético o no es ético?

Y, finalmente, para todos vamos a hacerles una pregunta de algo que Marlene señaló con mucho entusiasmo y me parece con una gran convicción y es hasta qué punto los ISO antisoborno pueden ser válidos para, precisamente, atender el tema de lo que es lo atípico.

No más por el momento; y, simplemente, cederle la palabra a Seguimundo Navarro, agradeciéndole encarecidamente el estar presente entre nosotros y representando la realidad española en estos temas.

Seguimundo, la palabra.

Seguimundo Navarro: También tengo que darte las gracias por tu tiempo por presentar algo que es tan importante como el papel de la mujer dentro del mundo del arbitraje.

Nosotros en el Club Español del Arbitraje tenemos un grupo que es el CEA Mujeres, que se creó con la última junta y fue la primera decisión que tomó la junta nueva de crearlo.

Estamos ahora muy contentos porque ha influido de tal modo que la Corte de Arbitraje de Madrid que está vinculada la Cámara de Comercio de Madrid, este año, dentro de sus estadísticas, ha podido presentar la designación de más mujeres que hombres y han superado el 50% en designaciones de mujeres, lo cual siempre es una de las noticias porque los números que has presentado son absolutamente inaceptables.

Bien, no sé si hay algún italiano en la sala. ¿Hay? Me extrañaba, claro, es que como han presentado primero a un brasileño y ha entrado un español para hablar de corrupción, digo, el siguiente va a tener que ser. Me he imaginado que tendría que haber alguno en la sala.

Bueno, en todo caso, agradecimientos a Marlene, agradecimientos a Silvia, Salomé, muchísimas gracias por la invitación. De verdad que me siento honradísimo; me encanta venir al Perú; me siento prácticamente como en casa. He tenido intervenciones memorables en mi vida a las cinco menos diez de la madrugada, pero nunca pensé que iba estar dando una conferencia a esta hora, sobre todo, cuando la primera ha empezado a las ocho y media de esta mañana.

Pero, bien, hoy hemos oído cosas muy interesantes. Con algunas estoy más de acuerdo, con otras estoy menos de acuerdo, tengo una opinión que ya le he dicho a Silvia, un poco así en privado acerca de las listas de árbitros, pero, en todo caso siempre es bueno que se pueda discutir sobre temas relacionados sobre el mundo arbitral.

Pero, de lo que se trata, en todo caso, es preservar el arbitraje. Eso es, sobre todo, porque el arbitraje al final se basa en la confianza. Es una creencia que, además, sirve como base para cualquier sistema jurídico. Si no hay confianza no podría progresar ninguno de ellos.

Cuando alguien acude a un tribunal, ya sea judicial o arbitral, y yo soy de los que piensan que los árbitros no tienen que impartir justicia, sino que

tienen que resolver problemas. Pienso que los árbitros están para resolver conflictos.

Ahora bien, sí que es cierto que el sistema arbitral que está configurado en el Perú tiene unas características que lo hacen único en el mundo. Y, por tanto, sí que se podría afirmar que aquí en Perú están más cerca de administrar justicia que de resolver conflictos, que es lo que realmente, en esencia, es lo que tiene que hacer un árbitro.

En todo caso, hay casos demasiado conocidos: Odebrecht, Lava Jato, Orellana, que ya se han tocado aquí, y al final lo que hacen es empañarlo.

Pero, debemos destacar que no se trata de casos aislados y que no sólo golpean el Perú o algún otro país. Yo lo puedo decir porque soy español.

Entonces, no es la primera vez que se plantea una íntima relación entre la corrupción y la naturaleza humana. Pero, tampoco tenemos por qué hablar dentro de eso. Yo estoy siguiendo uno de los cursos de la Pontificia, o sea de la PUCP y puedo decir en el curso de especialización de contrataciones con el Estado, hay en los materiales de uno de los módulos, del módulo dos, se señala la corrupción como uno de los problemas de la contratación; corrupción que se da a diversos niveles que se da en distintas etapas e incluye siempre a los servidores públicos y también a los agentes privados porque como decían antes, tiene que haber siempre alguien que intenta corromper y alguien que se deje corromper. Si no no puede haber ese delito de la corrupción.

Y se apunta dentro de esos materiales como solución un trabajo de formación a medio y largo plazo que lo que haga sea reforzar la ética pública.

A mí esto me suena siempre a lo de la canción *Love is in the air*, pues, al final es la ética la que está en el aire y la que tenemos al final que concretarla.

Ahora, cómo afectan estos casos al mundo del arbitraje.

«Corrupción» viene de un vocablo latino que es *corruptio* que lo que significa es ‘acción y efecto de hacer pedazos’ porque, al final, lo que hace la corrupción es alterar, es destruir de un modo grave la confianza en un sistema.

Los que nos dedicamos al arbitraje sabemos que la confianza es clave para la subsistencia de este sistema de resolución de controversias; más concretamente con los árbitros. Cualquiera persona que tenga contacto con el arbitraje sabe que vamos a hablar de independencia e imparcialidad.

Ya se ha hablado; en todos los paneles se ha hablado de independencia e imparcialidad de los árbitros. Pero es que sigue siendo una cuestión básica para todo.

¿La ausencia de la independencia o la ausencia de la imparcialidad puede tener alguna incidencia en la actuación de los árbitros? Está claro que la ausencia de la imparcialidad, seguro. La ausencia de la independencia puede o no tener una afectación en la imparcialidad.

Creemos que debe ser siempre analizada puede que en ocasiones puede que sí, y en ocasiones puede que no.

Ahora, ¿un árbitro dependiente puede ser imparcial? Dejo la pregunta en el aire. ¿Un árbitro parcial puede ser independiente? Yo creo que podemos afirmar que un árbitro parcial es imposible que pueda ser independiente porque, al final, terminará habiendo una relación de subordinación. Y eso es lo que tenemos que tener claro para poder atacar a ese árbitro que carece de imparcialidad.

Las instituciones que son las importantes y de las que se ha estado hablando y decía Silvia «al final nadie ha hablado de instituciones». Las instituciones tienen que dar respuesta a estas preguntas y tienen que garantizar la imparcialidad a través de diferentes directrices del código, normas de *soft law*, estatutos de la institución, a través del reglamento que puedan utilizar para la administración de los arbitrajes. Pero es verdad que las instituciones juegan o pueden jugar un papel importante dentro de esta circunstancia.

Hoy iba a hacer una comparación acerca de los jueces siempre tiene un estatuto especial, al menos, en España y en el Perú, más o menos, igual, seguro los jueces tienen unas restricciones en cuanto al ejercicio de una actividad distinta que sea la de la acción jurisdiccional.

En países como el Reino Unido puede haber una habilitación para que un juez pueda ejercer como árbitro en algún caso concreto.

En Estados Unidos también un juez en algún caso concreto puede ejercer como árbitro pidiendo una habilitación, pero en un sistema como el nuestro yo creo que es impensable que, aparte de ser profesor, un juez pueda ejercer una labor que sea diferente de la jurisdiccional.

Los recortes me están haciendo mucho daño.

Bien, vamos a hablar, vamos a detenernos en un aspecto que es la designación del árbitro como un derecho de la parte. ¿Es realmente la de-

signación del árbitro del tribunal arbitral un derecho de la parte o un capricho de la parte?

Autonomía de la voluntad, bueno, una de las manifestaciones de la autonomía de la voluntad puede ser el derecho que tiene la parte a nombrar a un árbitro dentro del tribunal arbitral, siempre que estemos hablando de un tribunal arbitral colegiado. Al menos tener la oportunidad de poder nombrarlo.

Puede resultar especialmente relevante y aquí hacemos una distinción entre el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional porque puede ser especialmente relevante en el arbitraje internacional, ya que una parte querrá nombrar a un árbitro, que pueda entender, que pueda interpretar los antecedentes de la cultura jurídica que pueda tener la parte y que puede explicar o entender en cierto modo cuál ha sido la actuación de la parte y el contrato jurídico que se está sometiendo a examen dentro del tribunal arbitral.

Por lo tanto, en un arbitraje doméstico puede ser importante, pero en un arbitraje internacional se puede revelar —esencial— el hecho de que la parte pueda tener derecho a un árbitro dentro de un tribunal arbitral.

Hay voces críticas de la talla de Jan Paulsson que niegan ese derecho de la parte a nombrar el tribunal arbitral que dice, además, que muchos de estos casos de corrupción e incluso la calidad del propio arbitraje, podría mejorar si se evita que las partes tengan algún tipo de participación en el nombramiento del tribunal arbitral. Aboga por otras herramientas como puede ser que las propias instituciones sean las que nombren a todos los miembros del tribunal arbitral, o bien otros sistemas mixtos como la presentación de listas y esas listas se puedan cruzar, hacer descartes, y al final, pues conseguir un acuerdo o un *match*, en cuanto a las personas que han incorporado en esa lista.

Pero, en todo caso, y a pesar de las voces discrepantes, ya digo de la talla de Jan Paulsson, que no es un don nadie en el mundo del arbitraje, las partes siguen queriendo tener ese derecho a participar, de algún modo, dentro de la designación del tribunal arbitral y sabes qué a mí me parece que es bueno que las partes queden involucradas dentro de la formación del tribunal arbitral porque es una forma de que participen en el proceso del arbitraje y es una forma de que también estén colaborando y que se

sientas identificadas en el método alternativo de resolución de conflictos que han elegido para absolver las disputas relacionadas con un contrato.

Es más, encuestas, como la que todos conocéis de Queen Mary, han reflejado, a lo largo de los años, ese interés que tiene la parte en participar en la elección del tribunal arbitral y que entiende que es un derecho propio y que es un derecho, además, que no tiene por qué ser renunciabile el participar en ese tribunal arbitral.

¿Qué tenemos? Muy bien, si la parte tiene un derecho a nombrar árbitro, lo que tenemos que hacer es reforzar el lado contrario de la balanza.

¿Cuál es el lado contrario de la balanza? Las recusaciones. Las recusaciones, al final, para lo que van a servir es para corregir las desviaciones, seguro involuntarias, que se puedan producir en la imparcialidad y en la neutralidad que debe regir el comportamiento de los árbitros en el tribunal arbitral.

En el caso del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, el número de árbitros recusados oscila entre los 62 y 56 de los años 2016 y 2018, y algo realmente llamativo a la hora de mirar los números del Centro fue el repunte de recusaciones que hubo durante el año 2015 y 2016, pues se incrementó en más del doble.

Entiendo que por circunstancias por todos conocidas y nada deseables.

Otras instituciones como la London Court (LCIA) también más de mil casos registrados tuvo un porcentaje de recusaciones, solamente escucharon un 2% de las recusaciones que se presentaron.

El año 2017 se presentaron seis recusaciones ante la London Court, y de esas seis recusaciones solamente tres prosperaron.

Ya me pusieron la tarjeta. Voy a quitar toda esta parte y vamos a pasar directamente al proyecto del código de buenas prácticas del Club Español del Arbitraje.

Esto no es un proyecto nuevo, sino que es un proyecto que viene del año 2005. El año 2005 el Club publicó un código de buenas prácticas, pero orientado sólo exclusivamente a los árbitros.

En el año 2018 cuando se empezaron los trabajos para publicar el documento que hemos presentado en junio del 2019 en nuestro congreso anual. Lo que hicimos fue ver cuáles eran los actores en el procedimiento arbitral. Y vimos que no solamente eran ya importantes las actitudes de los tribunales, sino que eran importantes también que tuvieran las institucio-

nes arbitrales que tuvieran los abogados dentro de los procedimientos, que tuvieran los peritos; los expertos que participaran en el procedimiento y que tuvieran también los financiadores, que son los últimos jugadores que han aparecido en la escena del arbitraje, pero que también deberían estar sometidos a algún tipo de control en cuanto a su actuación y en cuanto a su intervención.

Obviamente, todo esto se gradúa de forma diferente. Cuando hablamos de instituciones estamos pensando mucho más en lo que es la independencia de la institución, sobre todo cuando hay una matriz de la que depende, como por ejemplo, una Cámara de Comercio de la que cuelga un centro de arbitraje, pues necesitará mucha más independencia orgánica y funcional de esa institución matriz para poder ser completamente independiente.

Hablamos también de que hay una rotación temporal en el ejercicio de los cargos para que nadie se quede apoltronado en un sillón y considere que tiene un poder que realmente no debe y no tiene que tener.

Hablamos también dentro de los árbitros, bueno, hicimos también un reglamento modelo, e hicimos también una cláusula arbitral modelo, y dentro de los árbitros hicimos mucho hincapié en el deber de revelación.

Pero no como en las reglas de la IBA, el famoso semáforo del que hablaba hace un momento daos cuenta de que las reglas de la IBA son pasivas; es decir, el árbitro está esperando a que le pregunten. Sin embargo, en el Club, en el CEA, lo que promovemos es una intervención activa del árbitro que tiene que revelar.

Lo que hemos planteado es una lista de treinta y una preguntas de cuando un árbitro va a aceptar una designación, necesariamente, debe analizar. A lo mejor no tiene por qué; no tiene por qué contestar a estas treinta y una preguntas; alguna será que no aplica; pero, al menos que tenga que pensar en que esas treinta y una cuestiones que se le están planteando son cuestiones de fondo y cuestiones temporales. Es decir, si ha habido alguna intervención de su despacho, de algún socio, de algún tal, en un plazo temporal (tres años, cinco años, diez años), dependiendo de la importancia que se le quiera dar.

Hay cuestiones que en tres años pueden estar absolutamente olvidadas, y hay cuestiones que dejan un poco más de pozo y un poco más de

huella y que necesitan diez años para ir enfriando y que puedan dejar de tener influencia dentro de la actividad profesional.

Dentro de los árbitros nos hemos atrevido también a estudiar la figura del secretario del tribunal arbitral que, además, para evitar que haya corruptela de que, una vez nombrado al tribunal arbitral, normalmente, cuando es un tribunal colegiado el presidente o la presidenta es la que ofrece la participación del secretario, en el tribunal cualquier emolumento de ese secretario tenga que ser abonado, o bien por el árbitro único o bien por ese presidente o esa presidenta que lo está ofreciendo dentro del tribunal. Y, si no quiere hacerlo y quiere que sean las partes las que lo paguen, que lo plantee antes de la confirmación de su cargo para que luego no sea que, una vez nombrado, lo presente a las partes y las partes ya tengan miedo de decirle que no y no llevarle la contraria, porque, en el fondo, y estoy seguro de que os habéis dado cuenta, el tribunal arbitral está formado por personas, y tienen su corazoncito los árbitros; tienen su corazoncito y buena leche también.

Bien, lo he dicho en voz alta. Cometido... y ahora otro análisis importante es el cometido del árbitro designado por la parte: el mal llamado árbitro de parte. La locución en inglés es mucho más correcta que la que hacemos en castellano de árbitro de parte; el *party-appointed arbitrator* es un árbitro designado por una de las partes para ejercer en el tribunal arbitral, pero que en cuanto ese árbitro ha sido confirmado, tiene que cortar el cordón umbilical que le unía a la parte que lo ha designado y tiene que ejercer de forma independiente, absolutamente, de esa parte que lo ha designado.

Erróneamente se pensaba en el pasado que ese árbitro se tenía que, al menos, asegurar de que el caso de la parte que lo había nombrado, era entendido dentro del tribunal arbitral.

No, primero, la propia profesionalidad de los miembros del tribunal arbitral tiene que hacer que sean capaces de entender qué caso están estudiando; sobre qué caso tienen que decidir; y si no entienden algo, se lo tienen que preguntar a las propias partes. Tienen que tener la humildad suficiente y la profesionalidad suficiente para no callárselo y comentarlo con las partes para que sean las propias partes las que puedan arrojar luz sobre esa cuestión. Esa es la parte.

De los abogados no podemos pedir que los abogados sean independientes e imparciales, ni de broma. Los abogados están para defender los intereses de sus clientes con el cuchillo entre los dientes. Mas, para lo que sí están los abogados, es para conducir el procedimiento de una forma honrosa.

Tienen que ser honrados y tienen que ser eficaces también en la conducción del procedimiento. Tienen que evitar las tácticas de guerrilla que no aportan ningún beneficio, porque si aporta un beneficio a su cliente, adelante con ella, pero si no aporta ningún beneficio al cliente y lo único que están haciendo es entorpecer la tramitación del procedimiento, tienen que evitar hacerlo, y el tribunal arbitral tiene que usar las armas que tiene para poder combatirlo, que son, especialmente, la condena en costas dentro de la decisión que se pueda tomar al final.

Voy corriendo, y solamente me quedan dos; me quedan los peritos y me quedan los financiadores.

Con respecto a los peritos, les tenemos que pedir... no les podemos pedir que sean independientes o imparciales como los árbitros; les podemos pedir que sean independientes, pero no les podemos decir que sean imparciales porque muchas veces los peritos quieren estar involucrados desde muy al principio en los procedimientos, y además dicen «yo te puedo ayudar a construir tu caso».

Eso no quiere decir que el perito vaya a mentir. Lo que quiere decir es que puede interpretar o puede enfocar su práctica para mejorar el caso de la parte que lo ha contratado.

Lo que sí tenemos que evitar, por ejemplo, es que el perito tenga sus emolumentos directamente relacionados con el resultado del procedimiento porque así vamos a garantizar la independencia del perito. Ya lo tengo. De esa forma lo vamos a conseguir.

Y los peritos también tienen una obligación de revelación y esa obligación de revelación dentro de este código que hemos presentado que, por cierto, está disponible para descarga dentro de la página web del Club Español del Arbitraje, que es clubarbitraje.com, hemos pensado que lo más apropiado es que respondan a quince preguntas; treinta y uno para los árbitros y quince solamente para los peritos.

Con respecto a la confidencialidad, dejamos que tanto los árbitros como los abogados como los peritos puedan dar cierta información al mercado para que los puedan contratar. Pero esa es otra cuestión.

Pero ya digo que o los peritos no queremos que sean ni parciales porque no pueden serlo, pero sí queremos que sean independientes, y les ofrecemos una lista de quince preguntas para que las puedan responder y así puedan ser examinados.

Y, con respecto, a los financiadores es el capítulo más complicado que hemos tenido y aun así el más corto; dura un folio y medio.

¿Qué pasa con los financiadores? Que lo que hemos decidido es que sí hay una obligación de revelar la existencia de una financiación, pero no los términos de esa financiación, porque quizá revelando los términos de la financiación, estamos ejerciendo una influencia indirecta en el tribunal arbitral.

¿Por qué ejercemos una influencia indirecta en el tribunal arbitral? Porque unas condiciones muy ventajosas para el financiador, puede dar pie a pensar que el caso no es muy fuerte y viceversa. Unas condiciones muy duras contra el financiador, es decir, que el financiador gane muy poco dinero con el resultado del procedimiento; gracias por la indirecta... con el resultado del procedimiento, lo que puede dar lugar es a pensar que el caso que tiene el financiador es muy fuerte y eso puede crear un sesgo dentro del tribunal arbitral.

En este proceso de creación de este código, han participado 200 profesionales de forma directa; 100 ya muy vinculados al procedimiento que están muy involucrados en el trabajo, pero han trabajado 200 profesionales, de los más de 1,100 socios de 43 nacionalidades distintas, repartidos en los 30 capítulos internacionales del Club, y eso es de lo que más orgullosos estamos.

Muchas gracias.

César Guzmán-Barrón: Bien, vamos a pasar inmediatamente a Irma Rivera y le vamos a hacer un par de preguntas a Irma vinculadas a este tema de los dilemas éticos.

¿Qué se puede entender por ética en el arbitraje, Irma? ¿Cómo esta ética la puedo distinguir de aquellos casos de corrupción que conducen a lo que es una recusación? Porque el dilema no ético, no me preguntes cómo se hace siempre, ¿cuándo una conducta es antiética?, por tanto, produce un

dilema que no se enfrenta; el árbitro se enfrenta; y cuándo una conducta conduce, más bien, a una suerte de infracción y hasta delito puede conducir a una recusación. Esa diferencia es trascendente porque la parte puede recusar, etc.; pero, sin embargo, es el Centro o una entidad independiente. En el caso peruano es una Corte que no existe todavía en la práctica, pero sí en la legislación que, de alguna manera, pretendería aplicar un tipo de sanción, amonestación, etc.

¿Cuál es la diferencia, Irma?, y podemos acercarnos a este tema de la ética y de los dilemas éticos. Te agradecemos mucho y te pedimos, por favor, en aras del tiempo aquí que vienes de Colombia te daremos más tiempo, en la medida que sea posible y que ustedes así lo acepten. ¿Verdad? ¿Lo aceptan? ¿Sí? Bueno, no les queda otra.

Entonces, Irma, tienes la palabra. Te damos seis minutos, bueno, ocho; bueno, diez.

Irma Rivera Ramírez: Buenas noches a todos. Estoy feliz nuevamente de estar aquí en Lima. Yo siento a Perú como mi casa y he tenido la oportunidad de conocer a varios de ustedes. Lo primero que quiero es agradecer que nos estén acompañando a esta hora; y, especialmente, la invitación que me hacen a participar en este congreso que es muy importante para el desarrollo de la figura del arbitraje.

Lo que les voy a contar o lo que quiero compartir con ustedes, pues, son mis opiniones personales frente a las demás que se están planteando, y el primer punto que quiero dejar claro es que no hay nada más opuesto a la ética que la corrupción. Son dos figuras que han coexistido con la humanidad yo creo que de muchísimo tiempo atrás, pero creo que no se podrían entender como caras de la misma moneda ni siquiera. Son temas totalmente opuestos.

Cuando nosotros hablamos de ética la podemos ver desde diferentes aspectos. Podemos, por ejemplo, irnos al origen etimológico; y desde el punto de vista etimológico, «ética» significa ‘costumbre’ o ‘carácter’.

Cuando miramos desde el punto de vista filosófico, la «ética» es un área específica de la filosofía que se entiende a establecer si las conductas son correctas o incorrectas o qué está bien o qué está mal.

Y cuando estamos hablando en el contexto de cómo nos debemos comportar como seres humanos, se ha visto como un conjunto de conduc-

tas que nos llevan a revisar si algunos valores que nos guían están siendo aplicados y utilizados de manera correcta.

Cuando nosotros hablamos de la ética en el arbitraje, es importante tener en cuenta que la ética, aunque suene contradictorio, puede tener variaciones, dependiendo de los antecedentes propios de cada cultura.

Hay comportamientos que en este lado del mundo no son éticos, pero en otro lado del mundo pueden ser éticos y no necesariamente son ilegales.

Cuando se empieza a hacer toda una discusión de qué es ético y qué no es ético, los expertos en temas filosóficos, a veces, en comportamientos llegan a conclusiones que no son fáciles de dilucidar.

Por ejemplo, ¿es ético que en un tribunal no pueda haber mujeres árbitro bajo la cultura en la que nosotros vivimos? O, ¿es ético que ciertos temas puedan ser arbitrables y otros no?

Cuando se ha planteado el tema de la ética frente a las conductas humanas o en algunos temas relacionados con el arbitraje, no hay duda de que los comportamientos tienen que ser los correctos.

Ahora bien, ¿cómo calificamos que algo es correcto o que no es correcto?

Para algunas personas que han estado estudiando y que además siguen estudiando el tema de la ética en el arbitraje nacional e internacional, ellos han encontrado algún tipo de respuesta en generar algo parecido a lo que estaba comentando mi compañero de panel y es unos códigos de conducta que establezcan unos mínimos que todos conocemos, y que son conductas que no se van a beneficiar del beneplácito de la comunidad arbitral o del beneplácito de aquellos que están operando el método del arbitraje o el método de la conciliación o el método de la amigable composición.

Hay un sistema de normas a nivel internacional que se conoce como el *soft law*, que son normas que aunque no están incorporadas en nuestro sistema jurídico de manera específica, son acatadas y se entienden como reglas de conducta. Por ejemplo, las reglas de la IBA.

Pero, hay Estados que han dado un paso más allá y han incorporado algunos de esos principios a sistemas normativos internos de cada uno de nuestros países, o algunos centros de arbitraje han incorporado esas normas para que todos los que estén involucrados en un trámite arbitral, ya sea como parte o como apoderados de partes porque también yo creo que esos principios; esas reglas de conducta básica aplican no solamente a los árbi-

tros, sino a todos los que están involucrados en ese procedimiento, sepan cuáles son las reglas y cuáles son las consecuencias de incumplir esas reglas.

Algunas de las figuras las han mencionado hace algunos minutos. Por ejemplo, ¿qué pasa cuando existen reglas claras de cómo debe ser el alcance y cómo se debe cumplir el deber de información o el deber de revelación? ¿Cuál es el procedimiento? ¿Cuál es el objetivo del deber de revelación? ¿Cuántos años hacia atrás cobija ese deber de revelación cuando un árbitro es designado? Y, ¿qué pasa si se presenta algo que ya estando ese árbitro ejerciendo sus funciones como árbitro, haga necesario que revele esa situación?

Las reglas tendrían que ser claras y debería haber unos parámetros que exijan que ese árbitro haga esa revelación y cuál es el alcance de la misma.

Por supuesto, ¿qué pasa si esa información no es dada de manera correcta o es dada de manera parcial? ¿Cuál va a ser la consecuencia?

Una consecuencia de éstas, por ejemplo, podría ser un poco la pregunta que hacen nuestros moderadores, podría ser una causal objetiva de recusación porque se incumple con ese deber. ¿Simplemente por el no haber revelado en los términos en que se le exige bajo el reglamento o bajo la ley?

¿Qué pasa con la independencia y la imparcialidad? Esos son principios fundamentales que se han ido incorporando no solamente en los reglamentos de algunos centros muy importantes a nivel internacional, sino que se han hecho parte de sistemas normativos que regulan el arbitraje, no solamente el nacional sino el internacional.

Los árbitros tendrían o tendremos que tener claro que una cosa es ser independiente y otra cosa es ser imparcial.

El ser independiente es estar rodeado de una connotación eminentemente objetiva. Independiente de la relación que se tiene con los apoderados de las partes. Independiente de la relación que se tiene con las partes y hay todo un sistema que permite evaluar cuándo ese árbitro viola esa independencia.

Pero, ¿qué pasa con la imparcialidad? La imparcialidad es un factor subjetivo que todos nosotros tenemos.Cuál es la medida cuando ese árbitro no se está comportando de manera imparcial dentro del trámite y no está tratando de la misma forma a las dos partes.

Yo creo honestamente que no existe un ser humano que pueda decir que es neutro. De manera natural las personas tienen una orientación o

una posición jurídica en ciertos aspectos, pero tiene que saber más allá de cuál es su posición interna o, a lo mejor, cuál es su carga o el equipaje que traiga de conocimientos anteriores, ¿cómo se comporta frente a esas partes y cómo les da a esas partes la oportunidad de presentar su caso?

Finalmente, les quiero plantear dos interrogantes para respetar el tiempo que me ha sido dado, y hay retos nuevos que tocan la ética, pero también tocan reglas de conducta.

¿Cuál es el comportamiento que los árbitros tenemos que tener cuando estamos en actividades académicas, o estamos dictando clase? ¿Es aceptable, así no esté establecido en un reglamento?

Y eso se los dejo para que ustedes lo analicen que los foros académicos se utilicen para sostener, atacar o presentar temas sustantivos que están siendo objeto o que están bajo el conocimiento de los árbitros.

Y, finalmente, yo creo que es el reto que todos tenemos, ya sea de manera directa o como padres de familia, ¿cuál es el manejo adecuado de las redes sociales?

Hay mucha información que circula en las redes sociales, más allá de los blogs académicos. Mencionen cualquiera de las redes, ¿cuál es el comportamiento que se consideraría adecuado de un árbitro en una red social más allá que, obviamente, el derecho a libre expresión, por lo menos, en la mayoría de nuestros países, tiene rango constitucional?

Los tiempos van cambiando. La aproximación que se tenga frente a la forma en cómo los árbitros se comportan es sumamente importante. Yo creo que deben existir normas claras que todos conozcamos para saber cómo nos debemos comportar, qué comportamientos debemos evitar y cuáles son las consecuencias de violar esas normas de conducta.

Y yo creo que además un poco siguiendo lo que ya mencionaron, las normas de conductas claras, que muchas de ellas van a estar basadas en la ética que compartamos aquellos que estemos en sociedad. Y a esto se ha ido desarrollando el método del arbitraje porque, al final, algo que es importante es que el arbitraje es una herramienta; para algunos, para administrar justicia; para otros, resolver controversias.

Pero, lo importante es si la herramienta se usa bien o se usa mal, va a depender de quiénes utilizan la herramienta.

Finalmente, la duda o una inquietud que a mí siempre me surge es cuando nosotros hablamos de fortalecer al arbitraje como método alterno

de solución de controversias, yo creo que siempre es importante revisar si las normas que ya existen, y ustedes las conocen muchísimo mejor que yo, sirven; pueden ser mejoradas; pero, sobre todo, pueden ser aplicadas y darle el alcance que, en su momento, el legislador quiso cuando se tomó el trabajo de surtir todo el trámite legislativo y hacer las leyes de la República de Perú o de Colombia, o cualquiera de nuestros países.

Al final, las leyes no violan las leyes. Muchas veces las leyes son violadas por quienes aplican esas leyes.

Yo creo que el arbitraje es un buen método de resolución de controversias. Yo les quiero decir que, más allá de todas las dificultades que puedan estar pasando en este momento aquí en el Perú, yo puedo decir que he aprendido mucho de la forma en que el Perú ha hecho un esfuerzo muy importante en aplicar el método y en resolver sus conflictos.

Y para mí ha sido muy agradable tener la oportunidad de trabajar aquí. Yo estoy segura de que todos estos problemas que se están presentando se van a solucionar, pero esto va a depender no de las normas, sino de quiénes aplican las normas.

Y la ética, estoy de acuerdo con el señor moderador, es importante, pero también creo que las normas que regulen o que traigan esas normas generales de ética y las conviertan en algo claro para ser aplicadas, son fundamentales.

De nuevo, muchísimas gracias y les deseo muy buenas noches.

César Guzmán-Barrón: Muchas gracias, Irma.

Estas situaciones que estamos viviendo ahora, más que problemas, yo diría que son oportunidades; oportunidades de crecimiento para todos nosotros.

Vamos a continuar pidiéndole a Fernando Berckemeyer que nos haga un ingreso más intenso a este tema de los dilemas éticos. Por eso te queremos preguntar, Fernando, ¿cuándo podemos encontrarnos con un dilema ético? ¿Podrías mostrarnos algunos ejemplos de dilemas éticos en el contexto arbitral y qué hacer frente a ellos, Fernando?

Por favor, tienes cinco minutos.

Fernando Berckemeyer Olaechea: Están apropiados para el tema.

César, una pregunta: ¿va a haber tiempo para la segunda pregunta? ¿O mejor escojo entre las dos?

César Guzmán-Barrón: Escoge en donde tú te sientas más a gusto. Ése es tu dilema.

Fernando Berckemeyer Olaechea: Pero, me refero a la de las partes... a la de los árbitros nombrados.

César Guzmán-Barrón: ¿Cuáles son los problemas éticos que plantea la figura de un árbitro nombrado por una parte?

Bueno, si quieres hacemos esa segunda.

Acaba de llegar un árbitro muy conocido que seguro le voy a transferir ésa.

¿Cuáles son los problemas éticos que plantea la figura del árbitro nombrado por una parte?

Nos quedamos ahí.

Fernando Berckemeyer Olaechea: OK. Entonces, voy a la segunda para...

César Guzmán-Barrón: El otro tema lo responden ustedes.

Fernando Berckemeyer Olaechea: Oh, bueno, lo corto. Voy a hacer una versión brevísima del primer tema y luego paso al segundo.

Antes que nada, agradezco muchísimo al Centro por haberme invitado. Bueno, había preparado toda una introducción un poco a pedido de o en base a la conversación que tuve con Silvia, cuando creo que le nació la idea de invitarme. Filosófica, digamos, para fundamentar lo que puede ser un dilema ético, pero no los voy a someter a esa crueldad a esta hora y voy a cortar a la segunda parte de esa presentación que aterrizaba en qué es lo que exige la ética profesional; y dentro de la ética profesional, la ética del árbitro, que es un profesional que es contratado en el mercado.

Para decirlo de una manera corta, y espero que clara, lo que hay siempre que hay un profesional desempeñando su función es un encargo. Es alguien que le está pidiendo, que lo está contratando para hacer algo.

¿Qué se deduce de eso? Que el primer, el principal, que el central y en un sentido el único deber ético del profesional, incluido el árbitro, es estar en posición de cumplir con ese encargo y tener la decisión personal de poner todo de su parte para cumplirlo de la mejor manera posible.

En el caso del árbitro, el árbitro de derecho recibe el encargo de resolver un conflicto determinando cuál es el derecho aplicable al mismo dentro de las reglas que las partes le han puesto.

Que el árbitro pueda honestamente aceptar ese encargo supone muchas cosas. Supone, por ejemplo, que el árbitro considera que conoce suficientemente el área de derecho del que se trate. Supone que el árbitro considera que tiene el tiempo suficiente para abocarse responsablemente al conflicto. Supone que el árbitro no considera que tiene algún tipo de prejuicio o las materias o las personas involucradas en el conflicto.

Es decir, todas las diferentes obligaciones que se desgranar luego en los códigos, todas están, de alguna manera, implícitas, en lo que asume una persona de buena fe medianamente enterada cuando dice: «sí, yo puedo cumplir este encargo; y sí yo me comprometo con cumplir este encargo».

Entonces, el deber ético y principal, en alguna medida, único del árbitro es estar en posición de desempeñar ese encargo de resolución del conflicto conforme a derecho que se le está pidiendo.

De eso se deduce todo lo demás.

Si estoy yendo demasiado rápido, por favor, háganme una ...

Entonces, en esa medida cuándo puede estar un árbitro en un dilema ético. De ese deber central pueden deducirse muchos deberes. Ya he nombrado varios ejemplos.

El árbitro está en un dilema ético cuando dos o más de esos deberes conflictúan entre sí.

Cuando cumplir el encargo, por ejemplo, me obliga a cierta confidencialidad, pero cumplir el encargo también me obliga a no dejar que pasen en el tribunal arbitral de que soy parte, cierto tipo de conductas.

¿Qué hago en ese caso?

Una cosa importante a tomar en cuenta es que muchas veces son considerados como dilemas éticos profesionales, cosas que, en realidad, no son dilemas éticos y que son tomados como dilemas éticos por una ausencia de conocimiento de lo que constituye el encargo.

Una conciencia ética tiene que ser antes que nada una conciencia bien informada; que se ha dado el trabajo de enterarse.

Hace poco, por ejemplo, un árbitro; un buen árbitro me comentaba que tenía un problema ético muy serio en este tribunal del cual era parte porque yo me daba cuenta de que había este hecho que podía cambiar la resolución del asunto, pero que no estaba siendo alegado por la parte a la que le convenía.

Entonces, yo decía, yo siento un impulso ético de sacar este hecho porque sin ese hecho no se va a hacer una justicia en un sentido propio completo.

Pero, por otro lado, tengo la obligación ética de atenerme al encargo de las partes. Y yo decía, en realidad, no hay un dilema, sólo tienes la segunda obligación ética porque el encargo que estás recibiendo no es hacer una justicia en un sentido de derecho natural, digamos, es hacer justicia en los términos en los que las partes están contratando que incluyen que tú te vas a limitar a los hechos que ellas exponen.

Tú juzgas esos hechos, no otros. No eres un juez inquisitivo, y si te vuelves un juez inquisitivo cambias los términos de tu encargo y violas tu principal obligación ética.

En otras palabras, él no tenía un conflicto de deberes, estaba agregando un segundo deber que, en realidad, en tanto que árbitro él no tenía.

Hay, sin embargo, casos en donde sí hay un auténtico conflicto, como el que ya aludí en abstracto o que, en realidad, fue un caso muy importante, que tuvo lugar en 2017, en donde se jugaban más de setecientos millones entre Petrobras, la empresa petrolera brasilera y Vantage Drilling. ¿Qué es lo que pasó ahí?

Lo que pasó ahí es que uno de los árbitros, un árbitro americano muy importante, consideró que en las deliberaciones se había enterado, había sido testigo de cosas que a él lo habían demostrado que otro de los árbitros no era imparcial.

Y, por lo tanto, yo no puedo formar laudo con este tribunal. Es más, hizo un voto disidente en el cual dijo eso; «En las deliberaciones yo me convencí de que acá hay un árbitro que no es imparcial, y por lo tanto, todo este proceso está viciado. Y yo recomiendo a la parte que ha perdido que vaya en anulación», cosa que la parte hizo.

Él sí tenía un verdadero conflicto ético; y, de hecho, lo sintió tanto que acabó partiendo al niño por la mitad, digamos, y no jugándose la del todo, porque quiso respetar la confidencialidad y, entonces, no dijo qué era exactamente lo que había visto; pero, por otro lado, no la respetó del todo y dijo he visto algo y acá hay que ir a anulación.

Finalmente, ese término medio no sirvió. El juez de la anulación dijo: «Si de verdad viste algo que era lo suficientemente grave como para que fueras en contra de la confidencialidad, debiste de deletrearlo y a mí esto

no me alcanza para violar la confidencialidad del proceso», por darles un ejemplo.

Eso en cuanto a los dilemas éticos profesionales y, concretamente, los dilemas éticos del árbitro.

¿Paso ahora a la segunda pregunta o espero?

César Guzmán-Barrón: Un par de minutos solamente porque así podríamos tener el dilema aquí y podamos estar realmente escuchándote porque el tema lo amerita. Dos minutos, por favor.

El segundo...

Fernando Berckemeyer Olaechea: El segundo problema.

Era el tema que escogí oficialmente porque pensé, ¿dónde se da la mayoría de casos éticos que yo veo mal llamados o bien llamados, nunca me queda claro, depende de a quién se esté refiriendo uno con la expresión, en realidad, árbitros de parte.

Creo que lo primero que hay que decir ahí para atarlo con lo que dije hace un momento, es que no hay un problema en sí esencial que está presente por naturaleza en tener unos árbitros; dos árbitros que cumplen funciones de abogado, mientras que eso sea transparente.

De hecho, en los Estados Unidos, durante largo tiempo ha existido esa figura y hasta una figura bastante conocida; y hasta bastante parecida. Y hasta el 2004 el código de ética compartido de la ABA o de la IBA contemplaba la figura del árbitro no neutral, pero eso era transparente. Es un tipo de proceso, cumplía ciertos objetivos, las partes lograban tener a su segunda línea de abogados más cerca de quien decide que, en realidad, era uno más intensamente y más permanentemente en su oreja.

OK, ¿qué es lo que no hay en esa situación?

Y con esto conecto con la anterior: engaño, traición al encargo, es transparente; pero en los casos que son cada vez más universales, en los que se entiende que los tres tienen que actuar como árbitros; y, por lo tanto, ser independientes de las partes, ahí sí hay engaño, cuando esta independencia no es verdaderamente tal.

Ahora, hay un problema ahí de fondo que no se puede ignorar, tendría que ser la primera de las declaraciones, si no fuera una figura ya instituida la primera de las declaraciones del árbitro nombrado por las partes, «oye, yo estoy acá gracias a uno de estos señores», a quien debo mi encargo, ¿no?

Hay ahí una situación de tensión innegable. Está entre dos presiones fuertes el árbitro nombrado por la parte, la que, por un lado, constituye cumplir; éticamente, con su encargo imparcial y la que en la práctica significa el saber que le debe ese trabajo a una persona que lo nombró; a una parte que lo nombró, y que muy probablemente en muchos casos tiene expectativas no necesariamente declaradas, pero diferentes a su parcialidad total.

Esto es tan así, ese conflicto es tan intrínseco que hay, por ejemplo, una frase en el Talmud, es decir, una sabiduría milenaria que dice así: «un juez que es escogido por una de las partes buscará favorecerla». Así de claro, ¿no?

Entonces, está en una situación, digamos, en la que tiene que ir un poco contra presiones naturales, el árbitro que es nombrado por una de las partes.

Qué postura, cuál es la postura ética que tiene que tomar y por eso, entre otros, Paulsson como bien ha dicho Segumundo, alguien de la talla de Paulsson propone simplemente eliminar la figura; una postura con la que yo tampoco estoy de acuerdo, pero ya no hay tiempo para entrar en esas razones.

Simplemente, voy a ir a cuál es la postura ética que le corresponde a alguien que va a ejercer; que va a tomar la posición de ser árbitro nombrado por la parte.

La principal es reconocer este conflicto intrínseco de presiones, digamos, supone el encargo que es una posición difícil que va a estar en un lugar fácticamente incómodo en ese sentido.

Y, por lo tanto, la manera ética de tomarlo pasa por un examen de conciencia previo que dice: «yo estoy en situación material; en situación psicológica». Eso puede abarcar muchos aspectos de resistir a esta situación incómoda y de poder cumplir con este deber que me pide dar más de lo que un juez, digamos, normal o el árbitro presidente tiene que dar. Asumirlo a partir de eso, asumirlo sólo a partir de ese examen y sólo a partir de una conciencia permanente de la dificultad intrínseca que el desempeño ético de ese encargo supone.

Si me permiten una breve comparación, muy breve, te prometo, César, me hizo pensar un poco en lo que era yo; trabajé antes de volver al Derecho como director de un diario.

Ahí había una situación semejante de estar entre dos fuegos opuestos permanentes, porque quien te nombra y quien te paga, que son los dueños del diario, no es la persona para la que, en estricto, éticamente tú tienes que trabajar. Tú trabajas para los lectores. Es una situación similar y peligrosa para quien la ejerce, pero ya les contaré eso en otra ocasión.

César Guzmán-Barrón: Gracias, Fernando.

A usted le vamos a entregar de frente la tarjeta de los quince minutos. Y qué pena porque tenía mucho por desarrollar. Y la pregunta que le estamos haciendo a ella es, precisamente, la designación de los árbitros; es decir, cómo atender tú, te designan una, dos, tres, cuatro, cinco, seis veces, la misma entidad. Y ante esta recurrencia qué haces.

Ya no puedo ser más designada porque van a pensar mal de mí, y yo soy árbitro tuyo y todo el tiempo quiero comentar y decidir en función tuyo, me preocupa. ¿Qué haces ante ese dilema, Lissette? Tienes cinco minutos para responder a esta pregunta.

Lissette: Hola, muy buenas noches a todos. Agradecer al Centro por la invitación, pero antes de empezar quiero hacer un reconocimiento al Centro. El Centro cuando estaba liderado por el doctor Guzmán-Barrón y tenía el mismo equipo: Marlene y Silvia, iniciaron una serie de acciones en defensa del arbitraje y tiempo después vemos en lo que esto se ha desatado. Fue un paso valiente; fue un paso duro de denunciar y separar de su lista a aquellas personas cuestionables.

En su momento, dar el primer paso es lo más duro y difícil. Sin embargo, el Centro en defensa del arbitraje de esta hermosa institución de la cual todos formamos parte, lo hizo y eso sí merece un reconocimiento saludar y felicitar la fortaleza y la decisión que tuvieron para enfrentarlo.

Bueno, entrando al tema Odebrecht y los arbitrajes a medida fueron los titulares que invadieron todas las primeras planas de nuestros medios de comunicación desde que saltó esa gran red de corrupción en toda nuestra región y que sacudió al arbitraje latinoamericano, pues esta empresa había desarrollado una serie de mecanismos que involucraba a personal del Estado, así como árbitros para hacerse favores, y, de esta manera, ganar los arbitrajes.

Hay un dato estadístico y por qué lo toco y lo toco por el tema ético al que estamos enfrentando y lo voy a desarrollar brevemente.

Desde el año 2003 al 2016. De los 42 procesos arbitrales que tenía Odebrecht 35 los ganó. Se cuantificó en un costo de 254 millones de dólares en pérdida.

¿Y qué generó todo esto? Una atmósfera de desconfianza.

El arbitraje que siempre gozaba de una alta solvencia ética había sido mancillado, y cayó la duda, sembró un terreno antes inhóspito para tales cuestionamientos.

Y, ¿cuál fue la respuesta del arbitraje? Fue encumbrar y poner en lo más alto la protección de sus principios éticos que son la independencia.

Y hay una cosa muy cierta. ¿Quiénes al final contribuimos para que esto se desarrolle de esta forma y volver a ganar este tema de confianza?

Todos los que estamos aquí en el centro arbitral, el árbitro, el secretario arbitral, las procuradurías, los abogados y las empresas.

Todos nosotros hacemos este tema y somos los únicos que vamos a poder rescatar el arbitraje.

Hace un tiempo atrás en una reunión social me preguntaron: «¿a qué te dedicas?». Y yo le dije: «Bueno, yo reduzco la desnutrición crónica infantil. Hago que el Perú tenga mayores establecimientos de salud, mayores colegios, promuevo el desarrollo económico de la región a través de las carreteras». Y me dijeron: «¿Y de dónde haces esto y cómo haces todo esto?». Les dije: «Soy árbitro».

¿Saben por qué señores? Porque cuando nosotros resolvemos una controversia, independientemente de quién nos designó, independientemente de la materia en la cual nos desarrollamos, estamos haciendo patria y estamos actuando con justicia.

Y eso es lo que debemos recordar siempre. Pero, bueno, enfocando en el breve tiempo que tengo, ¿cuáles son los dilemas éticos y con cuáles nos presentamos últimamente?

Quiero hacerlo muy ágil y poner algunos ejemplos.

Por ejemplo, las designaciones recurrentes. Yo esto lo divido en dos puntos. El árbitro que por su alta capacidad técnica es designado varias veces y el árbitro favorito. Y, ¿cómo lo distingo? Lo distingo por una sencilla razón.

Hace muchos años aquí en el Perú se implementaron los contratos para no desnaturalizarlos y que puedan mantener su lógica de los organis-

mos internacionales, porque si se desnaturaliza este contrato, el fondo del préstamo es declarado inelegible; y, obviamente, perjudica al Perú.

Pero se armó una serie, sin dejar de lado el carácter de especialización que tiene el arbitraje, de formar un grupo de árbitros que conocían esta materia, que conocían los contratos Fidic, y que gozaban no solamente de solvencia técnica, sino también de solvencia ética.

Con éxito. El Perú, a partir de este tema, que fue el programa piloto, suscribió diversos contratos con organismos internacionales y tuvimos muy buenos resultados. Eso es una buena práctica de designaciones recurrentes. ¿Por qué? Porque no corresponde a un favoritismo.

Sin embargo, ¿qué es lo que pasa con los árbitros preferidos? Hay una cosa muy sencilla. Un árbitro está desempeñándose recién dos años en la función arbitral. El señor no tiene mayores ingresos que únicamente los de la función arbitral. Pero, en estos dos años solamente arbitra para determinada parte.

Entonces, ¿qué está generando con esto? No es una relación laboral permanente. ¿Por qué? Porque esto genera qué cosa. Genera un honorario. Se hacen honorarios permanentes. Y, al haber un honorario permanente y al tener un beneficio, ¿ustedes creen que el árbitro fallaría en contra de quien le da este ingreso continuo?

Entonces, todas estas cosas debemos evaluarlas.

Para eso, el Código de Ética del OSCE, en su artículo 6, numeral 3, señala lo siguiente:

Cuando suceden estas cosas lo que debe de ponderar es el nivel de revelación y la doctrina también nos responde esto y nos dice: «Mira, en tu deber de revelación, señalar todos los contratos con todas las designaciones que has tenido antes, inclusive, durante el desarrollo del proceso, pero tienen que haber mayores fundamentos que indiquen por qué es una duda razonable tus temas de designaciones continuas recurrentes. Esto es el ejemplo del árbitro favorito y del árbitro altamente especializado.

Sin irme del tema solamente dos cositas más que también están relacionados con esto, que es el dilema de la prestación de los servicios profesionales.

La carrera jurídica es muy amplia, ergo, podemos desarrollar consultorías, podemos realizar peritajes especializados; pero, ¿qué pasa? Obviamente, estamos de acuerdo en que entramos en un conflicto cuando yo árbitro

he realizado una consultoría para una de las partes y, justo, ése es el tema materia en controversia.

En eso estamos de acuerdo: que, obviamente, estoy aceptando la imparcialidad de la independencia.

Sin embargo, ¿qué pasa si es que son servicios pasados? ¿Qué pasa si son servicios que yo realicé hace un año de anticipación y que no tienen nada que ver con las pretensiones o con el contrato materia de controversia?

¿Ustedes creen que deben de recusarme? ¿Qué es lo que pasa? Cuando hago mi deber de revelación lo primero que viene, apenas llega el documento, es la carta de recusación. ¿Por qué? Porque lo toman como elemento de poder ser fundamentado de esta forma, ¿no?

Entonces, yo creo que en cuanto a la presentación de recusaciones o a las famosas presentaciones de «solicitudes de apartamiento de procesos», debemos de ser bastante coherentes y no causar estos problemas.

Fíjense ustedes que nosotros no debemos de perder la esencia de lo que es el arbitraje. Y la esencia del arbitraje es alto tema técnico, desarrollo con motivación, pero también hay la celeridad. Y, si nosotros presentamos toda esta serie de documentos, esta serie de recusaciones o de solicitudes de apartamiento de proceso, al final estamos prolongando el tiempo, y justicia que tarda, no es justicia.

Y relacionado también a ese tema y considero que es un tema importante, es el dilema del parentesco en cuanto a los arbitrajes. Sabemos que, si tienes un tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, no puedes compartir un tribunal arbitral.

Pero, ¿qué pasa si comparten un tribunal dos exesposos? Ya no hay el tema de la tercera ni el grado de consanguinidad ni el segundo de afinidad.

Entonces, ahí se dan cuenta de qué rica es la experiencia en materia arbitral para poder hacer esto; o, en todo caso, qué sucede si hay una designación de un árbitro de una de las partes, y que, de repente, por voto popular en plenas elecciones, es elegido gobernador regional el esposo o la esposa, o congresista de la República. ¿También afectaría el tema de su designación, de su imparcialidad, de su independencia?

O vayámonos a un tema porque, a veces, estamos muy familiarizados con el tema, o es pro Estado o es pro empresa, ¿no?

¿Qué pasa si es la esposa es presidenta de la Sociedad Nacional de Industrias, o de ADEX? ¿Estaría entrando en un conflicto? O, más aún, si es ministro de Estado.

Entonces, hay diversas cosas que, sin embargo, cada quién responde por sus actos. El Código Civil es bastante claro en esto, pero tampoco no hay ningún incumplimiento del tema ético, ni tampoco se incumple con la norma que regula el arbitraje.

Así que, ya para no hacer más largo el tema, he tratado de poner este tema de casuística de las cosas tan ricas que la experiencia nos da en el tema de arbitraje y lo único que sí creo que es un tema de compromiso de todos, la única forma en que el arbitraje se siga fortaleciendo, es trabajar éticamente y con altos conocimientos técnicos.

Muchas gracias.

César Guzmán-Barrón: Gracias, Lissette.

Definitivamente, el entusiasmo con que nos ha presentado ha hecho que nos quedemos un rato. Pero, ahora Alfredo viene con otro entusiasmo para cerrar. Y para cerrar creo nos va a decir un poco lo siguiente. Estos famosos formularios de revelación, donde esperamos que Marlene y quienes trabajan ahí no metan las 32 preguntas que ha creado aquí mi amigo Seguimundo porque sería terrible, no sé depende de qué tipo de preguntas sean, ¿en qué medida estos formularios de revelación ayudan realmente a la ética en el arbitraje, y en qué medida deberían más bien establecer responsabilidades que, inclusive, pudieran ser pasibles de sanciones a través del Código de Ética.

Vamos a escuchar a Alfredo sobre ello. Él podría hablar de muchos más otros temas, por ejemplo, queda en el tintero, ¿el árbitro debe reunirse con la parte que lo designó?

No sé. Si quieres puedes los dos temas, pero tendrías que ser muy rápido, Alfredo.

Alfredo Soria: Cinco minutos, máximo. Si quieres pongo el reloj acá para respetar.

César Guzmán-Barrón: Ha dicho que cinco minutos. Si no se va el ingeniero que está feliz escuchando.

Alfredo Soria: Sí, sí, sí. Cinco minutos.

OK. Bueno, muchísimas gracias por la invitación al Centro de Arbitraje de la PUCP. Es un honor, verdaderamente, participar en este evento. Voy a ir directamente, entonces, a la pregunta.

El deber ético no solamente depende del árbitro que, está bien, cumple una función dentro del arbitraje, sino también las partes tienen que actuar éticamente, ¿no?

Y hablamos esto porque a veces se olvida de ese tema también, ¿no? Una parte se decide en el laudo en cuanto a su interés y no cumple, ¿no? Dice no había presupuesto para el próximo año, anulación; y eso ocurre para ambas partes, para el que demanda, ya sea privado o ya sea el Estado. El que pierde no respeta el arbitraje; el que sabe que va a perder recusa y la hace larga.

Entonces, no solamente hablamos de ética cuando hablamos del árbitro, en realidad, cada uno de nosotros jugamos este partido y tenemos que jugar como se dice en el fútbol, con *fair play*.

Si no actuamos éticamente desde el lugar en donde nosotros participamos en un arbitraje; centro de arbitraje, árbitros y partes, no va a mejorar este tema, ¿no?

Podemos tener, de repente, un Fórmula 1, pero si nosotros le ponemos rocas y obstáculos en el camino, ese Fórmula 1 no funciona.

Entonces, no depende de que tengamos un excelente tribunal, si estamos tirando rocas en el camino, si no respetamos lo que finalmente se lauda, y sin ningún sustento porque hay muchos casos en los cuales sin ningún sustento y de manera automática, se trata de anular los laudos, ¿no?

Entonces, este tema ético quería plantear así de manera general, ahora yendo de frente al tema porque me quedan dos...cuatro... no, tres minutos y medio.

Los formularios sí sirven. O sea, antiguamente, los árbitros tenían que revelar lo que consideraran que debían revelar.

Pero, podía haber omisiones y que puedan ser omisiones importantes para las partes, entonces, yo creo que sí es un gran avance el hecho de que existe un formulario; un formato que, más o menos, recuerde al árbitro qué aspectos tiene que revelar.

Se están perfeccionando, entiendo, los formularios porque me van llegando versiones de diferentes centros de arbitraje cada vez una versión distinta que la otra y lo cual también me parece positivo, ¿no?, porque se

está viendo si en realidad resulta necesario o no solicitar una información al árbitro.

Entonces, yo creo que si hay que revelar, debería haber un margen de tiempo de revelar algunos hechos; si han tenido una consultoría, algún tipo de trabajo con una temporalidad que pueden ser cinco años, tres años, lo que consideren conveniente o más si lo quisieran.

Pero, lo que creo que es un error es ya colocar cosas muy precisas, ¿no? Como, por ejemplo, dicen si tú fuiste árbitro o no, nombrado por algunas de las partes, precise fecha.

Entonces, y puede ser que haya sido designado en varios casos, ponerte a buscar la fecha y todo.

Les digo, sinceramente, yo para tratar de cumplir con los formularios, puedo demorar un día o un día y medio buscando toda la información necesaria, simplemente para declarar.

Entonces, no sé si todos los árbitros harán lo mismo ¿no? Pero, es un tema complejo y creo que... y está bien declarar, dar la información, pero tendría que ser razonable con el objetivo que tenemos que buscar aquí cuando un árbitro tiene que revelar. Se afecta la imparcialidad, se afecta la independencia.

Entonces, creo que sí, los formularios ayudan mucho. Hay información que tendríamos que pensar bien si es que en realidad resulta importante que un árbitro revele o no.

Por ejemplo, el tema de los espacios académicos. A veces, los árbitros han sido profesores de los abogados que están interviniendo en un arbitraje y el árbitro no recuerdo porque, de repente, dicta en muchas universidades. Temas académicos creo que no necesariamente tendría que revelarse, por lo menos, es mi opinión personal.

Ahora, en el último minuto que me queda.

Si las partes deberían reunirse con el árbitro. Les cuento una historia que es lo que me ha sucedido a mí, ¿no?

En muy pocos casos, y les digo la verdad, en muy pocos casos, he recibido una designación en la cual me digan para reunirnos, ¿sí? Pero, ha habido y eso me preocupa, ¿no?

Porque si todos supiéramos cómo funciona el sistema, bastaría simplemente con una designación; un contacto diciendo que te designan; puede

ser telefónicamente, por correo o por escrito, y ahí debería quedar el asunto, ¿no?

Pero, les digo, en pocas... muy pocas oportunidades se me ha dicho si podíamos reunirnos. O, en todo caso, me dicen: «Doctor, hemos decidido designarlo». «Muchas gracias por la consideración». Inmediatamente, después me dicen: «¿Cuándo nos reunimos?». Como si fuera algo de lo más normal. ¿No?

Entonces, les digo, han sido dos casos, en realidad, para que sepan dos casos, ¿no?; tres en realidad.

Lo que pasa es que dos los recuerdo mucho porque ya no me designaron. Sí, fueron tres, en realidad. En un caso sí me sucedió lo que les voy a contar, me designaron, y dos no me designaron. O sea, tres casos en total, y dos no me designaron.

Las tres llamadas fueron de personas que no eran abogados, pues, seguramente me conocen, ¿no? Los abogados me conocen. Entonces, no sé si eran gerentes generales de una empresa o de repente procurador de la entidad, pero lo que ocurre, y esto ocurre en ambas partes, y lo que ocurre es lo siguiente: En el caso de las empresas, eran los gerentes generales que no saben absolutamente nada. Desde «cuándo nos reunimos». «Señor, usted me comenta que es el gerente. Seguramente usted no es abogado». «No, no lo soy». Entonces, le digo: «Le explico. El tema de arbitraje es así, el árbitro tiene que ser totalmente independiente porque yo soy como un juez, ¿no? O a usted le gustaría que yo me reúna a solas con la otra parte y que discuta el tema con la otra parte a solas, ¿a usted le gustaría?». «No, no me gustaría», dice, «Entonces, creo que a la otra parte no le gustaría y yo tengo que mantener la independencia e imparcialidad».

Todos tenemos que entender y siempre termino con esto cuando me llaman así, todos tenemos que entender cómo funciona el arbitraje. Yo sé que no ha sido mala fe de usted; no se sienta ofendido ni nada, pero en el arbitraje los árbitros tienen que ser independientes e imparciales, sino esto no funciona y ustedes seguramente quieren un mundo mejor para todos.

Muchas gracias.

César Guzmán-Barrón: Antes de terminar, solamente quisiera dejarlos con una frase de Eduardo Juan Couture «Tu deber es luchar por el derecho, pero el día que encuentres el conflicto de derecho con la justicia,

lucha por la justicia». Ése es un tremendo dilema que los árbitros tenemos a diario.

Mañana vamos a tener una excelente reunión, el expositor principal está aquí sentado, porque creía que la reunión es hasta mañana hasta las seis de la tarde, no te preocupes Roberto, mañana comenzamos a las seis con un tema extraordinario «Juntas de resolución de disputas y cómo está funcionando en el Perú».

Muchísimas gracias, aplausos para los expositores.

Presentador: Agradecemos su asistencia el día de hoy, los esperamos puntualmente el día de mañana para continuar con el segundo día del Congreso.

Buenas noches.

Javier Guzmán Barrón: Buenas tardes. Ayer teníamos casi un lleno completo. Y, lamentablemente, hoy tal vez sea por la hora... es una lástima que no esté ese lleno completo, pero sí ustedes que son lo más importante.

Pero no quería dejar de hablar, a pesar de que no me tocaba, y saben ustedes que yo he sido el director del Centro durante diecisiete años, y parte de los señores que están aquí presentes, nos inspiraron elaborar el primer reglamento de juntas de resolución de disputas en el Perú, y nos inspiraron a llevar esto adelante.

Para mí hoy día, y se los digo con plena satisfacción, escuchar a dos empresarios que están trabajando en este tema en el Perú, es histórico. No pensábamos que podíamos llegar a estos resultados.

Por eso me he permitido pedir la palabra para agradecerles profundamente la presencia de los empresarios... la presencia de Roberto Hernández, mexicano, que tuvo la virtud de ser mexicano porque OSCE no entendía bien la figura hasta que llegó un mexicano que se lo tuvo que explicar, porque los peruanos, incluyendo a Jaime, no lo entendían. Y eso fue muy valioso porque nadie es profeta en su tierra, aparentemente.

La presencia de Jaime es muy importante porque él... miembro... viene de un estudio especializado en lo que es contrataciones del Estado. Yo diría y les quiero decir, sinceramente, que es el primer adjudicador peruano que realiza labores de adjudicación en Guatemala... o, perdón, en Honduras. Y él es un promotor del sistema. Y ha creído muchísimo en la capacitación de adjudicadores. Estoy seguro de que va a ser así.

La presencia de Carlos López es importantísima. Carlos es ingeniero, pero parece abogado. Y Carlos les va a contar seguramente sobre la experiencia que tiene en los trabajos que se vienen desarrollando en nuestro país.

Y la presencia de nuestra amiga Rivarola también es fundamental. Ella se ha convertido en una experta en el tema y ha sido llamada para casos especiales de juntas de resolución de disputas.

En nuestro país hasta hoy ningún centro había administrado juntas de resolución de disputas de acuerdo a la amplia legislación, y tal vez excesiva, de nuestra normatividad dictada en la directiva de OSCE, en el Reglamento de Contrataciones del Estado y en la propia Ley de Contrataciones del Estado.

Por eso me he permitido, y disculpe que me haya tomado la libertad en mi calidad de exdirector del centro, de agradecerles profundamente a ustedes esta oportunidad de compartir en nuestro país un método que no solamente es absolutamente exitoso en otros países, sino que además es un medio para solucionar, y Dios quiera que sea así, el tema que conversábamos ayer con tanta preocupación, que es la corrupción en los procesos constructivos.

Nada más eso, y nuevamente les agradezco de todo corazón su presencia.

(Aplausos)

Palabras del presentador: Buenas tardes, a nombre del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, les damos la cordial bienvenida al Décimo Tercer Congreso Internacional de Arbitraje PUCP, espacio dedicado al intercambio de información, conocimientos y experiencias en materia de arbitraje.

Antes de continuar con la programación del día de hoy, les indicamos las salidas de emergencia del auditorio y les pedimos, por favor, apagar sus celulares.

Con relación a la dinámica que seguirán las ponencias, les indicamos lo siguiente:

Cada ponente cuenta con un tiempo estimado entre diez y quince minutos para su exposición, por lo que, faltando cinco minutos para la culminación de su tiempo, les mostraremos una tarjeta color amarillo para que pueda concluir su ponencia en el tiempo restante.

Al terminar la presentación de los ponentes, tendremos quince minutos de preguntas de los asistentes, para lo cual pasaremos a recoger las preguntas en los formatos que recibieron al momento de registrarse.

MESA 4: ¿SON REALMENTE EFICIENTES LAS JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS?

Jaime Gray Chicchón (moderador)

Eliana Rivarola

Carlos López Avilés

A continuación, daremos inicio a las primeras exposiciones presentando la mesa 4, donde se encuentran los ponentes que emitirán sus reflexiones en torno a la siguiente pregunta: ¿Son realmente eficientes las juntas de resolución de disputas?

Para ello cedo la palabra al moderador Jaime Gray Chicchón, socio fundador del Estudio Navarro Sologuren Paredes Gray Abogados. Lo recibimos con fuertes aplausos.

Jaime Gray Chicchón: Muy buenas tardes. Buenas tardes a todos ustedes y debo empezar agradeciendo la invitación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica. Es un honor esta designación como moderador esta tarde, pero además en tan buena compañía. Nos visita desde México, Roberto Hernández, reconocido adjudicador internacional, alguien que viene trabajando por el tema de los *dispute boards* —¿puedo decirlo?— casi veinte años. Entonces, tiene mucha experiencia y trabajo hecho en diferentes países, en relación a los temas de los *dispute boards*. Él tiene *dispute boards* que se han realizado en Honduras, en El Salvador y también en el Perú. Ha sido uno de los adjudicadores de los Juegos Panamericanos y ha accedido a venir. Estamos muy agradecidos con él, pero en los nacionales también creo que existen destacados profesionales que nos acompañan esta tarde.

Tenemos a dos miembros de juntas de resolución de disputas, como son Eliana Rivarola y Carlos López, ambos ingenieros.

Del lado del propietario, nos visitan, no el director como inicialmente estaba programado, pero sí el doctor Canelo, quien muy amablemente está

representando al Proyecto Especial Jaén-San Ignacio-Bagua, y es importante tenerlo con nosotros. Él nos va a dar la perspectiva del propietario.

Y del lado del contratista tenemos al ingeniero Javier Salazar.

Yo, como ustedes veían que le hacía señas a quien nos ha presentado, vamos a cambiar la dinámica porque preferimos enriquecerla a través del debate, a través de ideas y no en simples presentaciones que, a veces, pueden llevarnos a presentaciones inconexas.

El panel ha debatido una serie de preguntas. Vamos a ver... va a haber sesiones de repreguntas, pero a partir de una presentación que nos va a hacer Roberto por veinte minutos.

Luego de esos primeros veinte minutos, empiezan las preguntas al interior del panel, y luego vamos a abrir las preguntas a ustedes.

¿Sí? Por un tema de orden, por favor, si el centro les la ha dado la oportunidad de hacer preguntas, vayan haciéndolas. Le voy a pedir al señor y a su equipo que nos la dé para poder seleccionarlas; y, si nos da tiempo, abriremos el debate también con ustedes. Es importante su participación. Creemos en la innovación.

Y, dicho esto, hemos empezado con las palabras de César a las seis en punto de la tarde, y vamos a acabar a las siete en punto de la noche.

Si los Panamericanos lograron las obras a tiempo, es gracias a Javier, gracias a su equipo y gracias a los propietarios y a todos los que intervinieron. Si lo pudieron hacer ellos; entonces, por qué no lo podemos hacer nosotros. Podemos empezar a la hora y acabar a la hora.

Entonces, dicho esto y antes de ceder la palabra a Roberto para que nos haga su presentación, creo que corresponde que conozcan un poco de la trayectoria de los profesionales que esta tarde nos acompañan. La de Roberto, a pesar de que tengo acá un extenso currículum, me la sé de memoria.

Roberto es abogado, es magíster en derecho por la Universidad Panamericana. Roberto ha ocupado altos cargos profesionales en el tema de derecho de la construcción. Roberto ha sido el *chair*, el primer latino, además de ser *chairman* en el Comité de Proyectos Internacionales de Construcción. El primer latino en más de cincuenta años de trayectoria de este importante Comité de la Barra Internacional de Abogados. Además, es miembro de la Academia Internacional de Abogados de Construcción. Ha sido el líder en temas de *compliance*, corrupción en ICC México y también

en ICC en el Comité de Contratación Pública. ¿Ya ven? No exageraba... me lo sé de memoria.

Además, es *fellow* del American College of Construction Lawyers. Está con los gringos el buen amigo Roberto trabajando. Y, como ya lo había adelantado, él es un especialista en derecho de la construcción en *dispute boards*, y su firma tiene cincuenta y cinco años trabajando, básicamente, en tres temas: contratación pública, ingeniería de construcción y anticorrupción. Realmente, es un lujo tener a Roberto con nosotros.

Del lado de los nacionales, permítanme empezar, por favor, con Eliana. Eliana también tiene un muy amplio currículum, y no estoy mintiendo y aquí están las pruebas; a ellas me remito.

Ella es ingeniera; ha trabajado en diversas entidades estatales como el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Enafer, la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico, el Ministerio de Educación, la Municipalidad Metropolitana de Lima, etc.

Ella ha sido árbitro; ha trabajado también en arbitrajes, y también trabaja; es una de las miembros de juntas de resolución de disputas que actualmente está resolviendo temas antes de que la norma se convierta en obligatoria. Es un mérito para una profesional como ella, el haberse desarrollado tanto en estos temas.

Muchas gracias.

De la misma manera, permítanme, por favor, referir algunas notas de alguien que recién está llegando desde Cambridge. Me refiero a nuestro amigo, el ingeniero Carlos López Avilés.

Carlos es ingeniero también por la Pontificia Universidad Católica. Está en su casa en estos momentos. Carlos ha sido árbitro, es experto independiente en diversos arbitrajes, y es también uno de los miembros fundadores de la Sociedad Peruana de Derecho de Construcción. Es alguien que... Carlos, como ha referido César, parece abogado, en la buena aceptación y en el buen sentido de la palabra.

Entonces, realmente, es un lujo tenerlo a Carlos, aunque esté en su casa porque viaja muchísimo; está muy ocupado, está con nosotros, y es otro de los profesionales que actualmente ya se desempeña como miembro de los paneles de las juntas de resolución de disputas en construcción.

Nos acompaña también el ingeniero Javier Salazar Flores, que es otro ingeniero civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Él tiene una maestría en *business administration* en la Universidad Adolfo Ibáñez en Chile. De hecho, él ha trabajado nueve años de los treinta años de su experiencia en Chile, y el resto ha trabajado en el Perú. Y él, además, es el gerente general de Besco, que ha sido el contratista que tuvo a su cargo la exitosa ejecución de la vía Panamericana.

Entonces, él ha utilizado... su empresa ha utilizado los *dispute boards*. Él nos contará si la experiencia fue buena o mala, es eficiente, etc.; si lo vivió; lo sufrió... ¿cómo lo vio? Eso es muy importante compartir con ustedes. No solamente el aspecto teórico, sino el aspecto práctico.

Pero, además, nos acompaña, y le voy a pedir al doctor que le pedí que me llene una hoja, por favor... muy amable.

Nos acompaña el doctor Gherman Canelo Dávila, que él ha hecho un esfuerzo por estar con nosotros porque, prácticamente, el día de ayer se ha acoplado a nuestra mesa, y él nos va a dar la perspectiva del propietario, como ya se los dije antes; es el director de la asesoría legal del Proyecto Especial Jaén-San Ignacio-Bagua. Es abogado por la Universidad San Martín de Porres y es egresado de la maestría de derecho civil y comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Ellos son los profesionales que nos van a acompañar esta tarde; y, sin más, le pido, por favor, a Roberto que empiece con su exposición que les adelante va a ser provocadora.

Adelante, Roberto.

Roberto Hernández: Bueno, pues, muy buenas tardes tengan todos ustedes. Le agradezco mucho al Centro, a sus magníficos profesionistas que integran este esfuerzo como dijo el maestro César Guzmán. Hace muchos años tengo el gusto de conocerlos, y sí les puedo decir que, de la oportunidad que me ha dado la vida de conocer a muchas personas a nivel mundial, les puedo afirmar que son de las personas más probas y comprometidas, y no lo digo porque esté en este foro, que yo he conocido en la vida. Gente que está dispuesta a entregar su vida por una misión que ayer estábamos viendo, la misión de solucionar conflictos en forma seria. Y así como admiro al Centro, admiro a mi colega y compañero, Jaime Gray, a quien le agradezco sus inmerecidas palabras, y a mis compañeros de panel, a quienes con todo respeto saludo, y agradezco estos minutos.

Quiero decirles que cuando, precisamente, como comentó César, tuve la oportunidad de que colaborara junto con estos dos maravillosos profesionistas de otro equipo y a decir cuál era la exposición y el motivo de los *dispute boards*, y cuál era su utilidad en el OSCE en aquel entonces, realmente, como dijo César, tal vez pensaba que estaban haciendo uso de que yo fuera extranjero para poder convencer. Eso es lo mismo que también pasa en mi país. Y ahorita les voy a explicar. Pero el más beneficiado fui yo porque tuve la oportunidad de darle a un país lo que puedo dar con toda mi generosidad y todo mi amor porque siempre he sido recibido en este país con grandísima amistad y afecto.

Ahora es momento de decirles... ahora yo tomo la experiencia de ustedes y la llevo a México, porque increíblemente en México no hemos convencido a la gente de que haya *dispute boards*. Entonces, César ahora se va conmigo, pero los invito a... Yo publico en una revista una columna mensual hace casi doce años, que se llama *Construyendo derecho*, en una revista muy prestigiada de ingeniería y construcción en México, y el ejemplo que yo pongo es Perú.

Entonces, espero que lo que vamos a platicar hoy nos ayude a nivel regional, y estoy muy agradecido con todos ustedes.

La pregunta de la mesa es provocadora en sí misma. ¿Son realmente eficientes las juntas de resolución de disputas? ¿Son realmente algo que nos funcione? Y en un foro de arbitraje todavía es más provocador porque, al final de cuentas, yo también tengo la función de árbitro, yo también participo en arbitrajes, y claramente ha sido una figura que ha sido disruptiva, en el medio alternativo de solución de controversias porque no es un medio que, a pesar de que ha sido utilizado en varios años, haya tenido la fuerza de entrar con toda su energía como lo ha hecho en los últimos años.

Y muchas personas, en el ámbito de arbitraje —me incluyo— la cuestionamos. Y muchas personas que estamos en la conciliación, lo cuestionamos, pero lo cierto es que vamos a ver que tiene una gran y magnífica oportunidad, sobre todo en la industria de la construcción en donde los actores de la industria ya no buscan el maravilloso laudo de seiscientas páginas, producto de interrogatorios, peritos y presentaciones y audiencias de cinco años para enmarcarlo en una pared porque una de las partes ya se fue a un concurso mercantil, ya no está viva... vigente, o simplemente se ha

vuelto completamente impráctico. Y no estoy demeritando el tema del arbitraje; estoy hablando de la oportunidad de este proceso tan importante.

Cuando hablamos de «eficiencia», yo busqué en la Real Academia Española, y entonces lo que nos dice es ‘capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado’. ¿Qué efecto determinado queremos? Es el que necesitamos ver en el *dispute board*. Lo voy a adelantar: resolver las controversias que tenemos en los proyectos de los cuales mis honorables panelistas viven y que necesitamos que se resuelvan a tiempo. Por una sencilla razón: porque los proyectos públicos, señores y señoras, los recursos que están allí, son los recursos de todos los contribuyentes que pagan diariamente sus impuestos porque las obras públicas no son motivo de una apertura de un político determinado; son obras para satisfacer el interés público y la necesidad colectiva.

En ese sentido, lo que necesitamos sí son resultados concretos para que pueda realmente cumplir con su función.

Pero la pregunta de alguna forma es, yo diría, injusta, así fue como yo lo pensé la semana pasada, pero ayer que tuve la oportunidad de escuchar las mejores ponencias sobre el tema de integridad en el arbitraje por las situaciones que se han dado que seguramente saldrán también en otras latitudes, lo cierto es que la pregunta sí es oportuna porque tenemos que cuestionarnos qué está pasando.

Las preguntas que me hago son: ¿es eficiente el arbitraje también? Bien, ¿es eficiente un juicio? ¿Es eficiente la familia? ¿Es eficiente un automóvil que es el *non plus ultra*, que vemos en los comerciales que hasta da vueltas solito y los parces lo persiguen, ¿verdad? ¿Es eficiente este congreso? Hay que pensarlo, claro. Porque la eficiencia de los *dispute boards* es como todo: no depende la institución como tal ni el objeto ni las ideas. Depende de múltiples elementos, y estos elementos, en nuestro caso, son: si es un contrato bien hecho; si es una cláusula bien redactada; si es un nombramiento de personas que cumplan con los estándares como los que tienen aquí, gente de altísimo estándar a nivel internacional; si hay entrenamiento de las partes; si es un tema de buena fe; si hay disposición de las partes por y del DB o de la junta de resolución de disputas por velar por el proyecto y no pensar en sus intereses propios, por realizar visitas adecuadas, por llevar audiencias que no sean de tipo arbitral; y, evidentemente, una decisión de carácter efectivo.

Y usted va a decir: «Caramba, pues esto quiere decir que tengo que fijarme en muchísimas cosas», tantas como hay que fijarnos en la vida, señores y señoras.

Cuando tenemos un automóvil, nos tenemos que fijar en el automóvil, el motor, el pedal, la palanca, los frenos, etc. ¿Es eficiente el carro? Sí, en la medida en que todos los elementos estén completos.

Y lo mismo nos pasa en el sentido familiar, la cultura de los cónyuges y los padres, el entorno social, el entorno económico, el entorno histórico, el momento en que vive la familia, y el lugar donde se desarrolla también.

Por lo tanto, no podemos decir que los *dispute boards* son o no ineficaces por sí mismos.

Hoy hablaba con mi querido amigo Jaime, en el sentido de decir, a veces, me cuesta trabajo tener... de convencer o decirle el beneficio de la figura a los ingenieros, cuando los ingenieros son los que instituyeron la figura y ahora en algún momento como que dicen: «No, no me cuadra el tema». Es una figura hecha por ingenieros.

¿Qué es lo que se necesita para que un *dispute board* sea eficiente? Aquí voy a la parte práctica.

Primero, los *dispute boards* son una creatura del contrato como lo llaman los ingleses. Es un acuerdo de voluntades para pactar un medio de solución de controversias específico que está destinado para resolver los conflictos que se susciten en un proyecto de infraestructura de construcción determinado en tiempo real y no como dicen en *post mortem*.

Voluntad de querer resolver la discrepancia porque hay veces en los que las partes no están dispuestas a hacerlo. Voy al tema éste del entendimiento de la figura. Tuvimos un caso en un túnel de México que tiene el túnel emisor oriente para los que estén familiarizados con obras subterráneas. Es un túnel de 65 km de largo, de longitud, con 150 m hacia abajo; una de las más fascinantes; ésa es una obra magna.

Cuando metimos la cláusula *dispute board*, una de las preguntas que me hicieron fue: «Oye, y, si no me gusta la elección de los *dispute boards*, ¿lo puedo correr?». Ése es uno de los temas principales; hay que entender la figura. Si no me gusta el laudo, ¿puedo denunciar al árbitro nomás porque no me gusta el laudo? Pues, no.

Las partes asesoras tienen que comprender la distinción entre esta figura y los otros medios alternativos de resolución de controversias, aunque

como dice el buen Jaime, esta figura es como un ornitorrinco: tiene elementos de conciliación, tiene elementos de arbitraje, tiene elementos de peritaje, pero no es ninguno de ellos; es una figura completamente *ad-hoc*.

Las partes tienen que estar dispuestas a modificar su actitud ante el desarrollo del proyecto. Tienen que estar abiertas a que el *dispute board* les dé ideas que lo escuchen y sean escuchados.

¿Importante? La JRD tiene que conocer de la materia. Ésta es la eterna discusión que tenemos en el arbitraje de ¿qué prefiero? Un árbitro bueno o un árbitro que conozca o un árbitro bueno que conozca porque no quiero un árbitro que se dedique al contrato de suministro y luego me venga a resolver un caso en un gasoducto.

Porque, claramente, su buena fe será fantástica y tal vez su decencia sería inmejorable, pero su conocimiento no lo tiene. Esto es uno de los elementos fundamentales del *dispute board*. Pero, además, necesitamos reconocer como ustedes lo hemos visto, y durante todos estos que Perú ha ido creciendo desde esta maravillosa iniciativa, el reglamento que tuvo algunos años el Centro en el que lanzó al mundo un reglamento propio en el que tuvo dos ideas fantásticas.

Una, la administración de los *dispute boards*, y el otro, ¿cómo lo hago efectivo? Poniendo una disposición que diga: «La persona que no cumpla con la decisión de la junta, se considera como que ha incumplido con el contrato.

Llegó más allá. Hay que estar en un proceso continuo mejorando. Un respeto absoluto hacia las partes. A mí me ha sucedido, por ejemplo, en temas arbitrales, audiencias en las que casi, bueno, la gente se da de golpes.

En este proceso es menos adversarial y hay que buscar la forma porque, insisto, lo que necesitamos es terminar el proyecto, concluir con el proyecto.

Tenemos que cumplir con lo pactado partes y juntas de resolución de controversias, a través de la seriedad y actitud de los *dispute boards*. Ustedes verán que la gente que es nombrada, pues procura, en la mayor medida de lo posible, ser seria. ¿Por qué? Por su reputación, por su integridad porque sabemos lo que ha pasado.

Ahora es el momento, señores y señoras, cuando van a tener en el 2020 esta regla generalizada de los *dispute boards*, tomar la experiencia de lo que ayer se discutió en este congreso y aplicar los *dispute boards*. Tomar

el tema de la integridad, la promoción del acto y la actividad honesta de los *dispute boards*.

Pero hay otra cosa, aunque no lo creamos, hay actores de la industria que no están de acuerdo. Cámaras, asociaciones, gremios, incluyendo la de los abogados, porque aquí los abogados pensamos que nos van a quitar la chamba. Como decimos en México, «la chamba». Pensamos que nos vamos a quedar sin trabajo: ya no va a haber litigios, ya no va a haber arbitrajes.

Claro que va a haber arbitrajes, así como cuando los litigantes, entre ellos, puedo decir mi padre, estaban en contra del arbitraje porque decían que se van a acabar los juicios. No se acabaron los juicios; se dio una alternativa para solucionar los temas en una forma eficiente y mejor.

Que va a tener sus problemas, como eventualmente los tendrá el *dispute board*. No hay que satanizarlos desde este momento, pero hay que pensar que hay que mejorarlos.

Respeto y promoción por la figura. Como ya lo había anunciado, es una figura que se está usando en todas partes del mundo. Se está utilizando en Europa, se está utilizando en Asia, en América, en proyectos financiados con recursos de organismos internacionales y Estados como los Estados Unidos de América.

¿Por qué los quieren esos señores que tienen dinero? ¿Por qué estos señores que manejan los recursos de los *boards*? ¿Por qué quieren los *dispute boards*? ¿Por qué es ineficaz? No. Porque nos garantiza que la solución de las controversias será efectiva, imparcial y oportuna. Por eso lo quieren.

Hay que identificar oportunamente las áreas de mejora por la industria. Hay que promover la honestidad en la industria para no pervertir la figura. Tenemos que buscar los mecanismos para que todo lo que hemos aprendido en otras áreas se incluya en el *dispute board*, porque ahora van a haber, tal vez, más *dispute boards* que arbitrajes por los montos. No sé, yo no he hecho cálculos, yo lo estoy diciendo en forma general y entrenamiento y capacitación que no tienen un centro mejor que éste. Y lo digo en serio, ¿por qué? Porque no solamente vio nacer, sino que ha promovido la figura.

¿Qué conceptos a respetuosa sugerencia de su servidor nos pueden ayudar a la implementación generalizada y positiva de la figura como sea la van a tener?

Una, no es una figura perfecta. El arbitraje no es perfecto. La conciliación no es perfecta por una sencilla razón, porque éstas son actividades humanas, y en la medida que somos humanos, somos imperfectos.

Pero eso no quiere decir que no nos debemos dar la oportunidad de perfeccionarlo y tomar la experiencia de la industria a nivel internacional para poderlo implementar adecuadamente en nuestro país.

Reconocer que tienen elementos mejorables, pero depende de nosotros elevar esos estándares. Ustedes ya han tomado la delantera; ustedes como el Perú se han convertido en líderes de los *dispute boards* en Latinoamérica, incluyendo estas leyes.

Confiamos en ustedes, y lo digo seriamente. Confiamos en ustedes para que la reputación de esta figura se convierta en el estándar latinoamericano.

Debemos de proteger con absoluta seriedad la reputación actual de los adjudicadores. No debemos permitir que alguna parte o un adjudicador comprometan la integridad de la industria que ya de por sí está muy afectada.

Hay que identificar los casos de éxito. Hay que decir cómo funciona. ¿Qué tenemos que hacer? ¿Cómo lo logramos? Porque es la forma en que podemos hacer que funcione y la última es no judicializar los procesos.

Todos los abogados, incluyéndome, queremos demostrar que tenemos la razón porque para eso fuimos entrenados.

Aquí no solamente es de tener la razón, sino además de pensar en el proyecto y actuar con honestidad.

A mí hay veces que no me alcanzan las palabras, se los digo con toda su extensión y así lo tengo que decir, no me alcanzan las palabras para explicarles cuál es la forma en que un *dispute board* puede alterar la conducta de las partes de un proyecto de infraestructura en una forma tan positiva.

No les puedo decir que es magia, pues, porque no soy ninguna persona que crea en este tipo de situaciones, pero sí les puedo decir que es algo etéreo en lo cual las personas necesitamos un empujón en nuestras vidas, y aquí en el proyecto, para que alguien nos oriente; que nos quite nuestros egoísmos, que nos quite nuestras posiciones, que nos haga entrar en razón.

No quiere decir que vamos a perder el derecho, porque también podremos irnos al arbitraje en casos extremos, pero podremos ayudar a nuestras partes a ser más eficientes.

¿Es eficiente la figura? Les puedo decir: «por supuesto, sí lo es porque se ha demostrado».

Pero depende de todos nosotros hacer que los *dispute boards*, las juntas de resolución de controversias, se fortalezcan en una industria lastimada; en una industria muy socavada; en una industria no en Perú: en toda Latinoamérica y en el mundo. Lastimada por los costos, lastimada por la corrupción, lastimada por las decisiones políticas, cuando tenemos una obra en la que vivimos como en nuestra casa; soñamos como en nuestra casa; una carretera que nos lleva y nos transporta de nuestra casa al hospital; instalaciones donde nos curan que son los hospitales. Donde nos educan, como las universidades de que estamos hablando del proyecto. Esto necesitamos en nuestras vidas.

Tenemos que tener la oportunidad de la oportunidad para hacer proyectos exitosos.

Yo los invito a que sean la gente del cambio para hacer, precisamente, a las juntas de resolución de disputas eficientes.

Muchas gracias.

Jaime Gray Chicchón: Muchas gracias, Roberto. Roberto ha hecho, justamente, un ejercicio de eficiencia y ha completado su exposición en diecinueve minutos.

OK, dicho esto, vamos a empezar con los miembros de nuestro panel.

Gracias, Roberto, por esa presentación.

Entonces, yo me animo a empezar por quienes... no necesariamente por Eliana o por Carlos, que son los miembros de los *dispute boards*, en estos momentos en el Perú. Yo voy a empezar haciendo preguntas, en primer lugar, a los contratistas y a los propietarios porque son, finalmente, ellos quienes se nutren de las decisiones que ellos toman.

Voy a empezar con preguntas al doctor Canelo y a Javier. Y, en primer lugar, yo quisiera empezar con un propietario. Doctor Canelo, ¿cómo se nombran los miembros de un *dispute board* y por qué sería este tipo de nombramiento eficiente para usted o de repente es ineficiente para usted? ¿Podría compartírnos sus ideas al respecto?

Juan Gherman Canelo Dávila: Muchas gracias. Buenas noches a todos. Vengo en mi condición de asesor legal del Proyecto Especial Jaén-San Ignacio-Bagua, que es una unidad ejecutora adscrita al Ministerio de Agricultura y Riego, y nos ubicamos en un contexto donde nosotros esta-

mos ejecutando dos obras importantes. Una que es la obra de irrigación a Amojado, con un valor de 199 millones y pico, 29 km para efectos de conducción de un canal, y luego otra obra que es la irrigación Huarango. La primera está ubicada en la provincia de Bagua, región Amazonas; y la segunda, en la provincia de San Ignacio, región de Cajamarca. Ambas son obras de irrigación.

Muy bien. En el tema de Amojado, en las bases de selección se introdujo ahí la necesidad de someter a la junta de resolución en caso hubiera controversias. Se firmó el contrato de obra, también en una cláusula se fijó, y nosotros tomamos conocimiento de que la Universidad Católica, a través de su Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, se había implementado el tema de la junta de resolución, y dado el prestigio de la universidad, no dudamos en que sea esta universidad la que lleve, ¿no es cierto?, el tema de la junta de resolución. Firmamos el contrato tripartito y nosotros dejamos a la universidad que sea el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos quien elija a los integrantes de la junta de resolución de disputas. Vimos la nómina, en ese momento, obviamente no conocíamos a los adjudicadores.

Creo que fue una muy buena decisión de la junta de resolución de designar a los adjudicadores que nos están acompañando en todo el proceso constructivo de la obra. Y se los digo con total honestidad; con bastante eficiencia y con muchísima satisfacción para la entidad.

Yo soy asesor legal ya desde hace algunos años; he tenido varias experiencias en arbitrajes y el principal problema del arbitraje son los tiempos. En estos momentos, y se los voy a contar aquí brevísimamente como una suerte de anécdota, el Centro de la Católica nos está llevando un arbitraje y el tema de la junta de resolución de disputas en la misma obra, ojo, la irrigación Amojado.

La primera ampliación; la ampliación de plazo número uno, simple, creo que el contratista reclamaba veinticinco días, nosotros, desde nuestro equipo técnico dijimos: «no, no procede y la denegamos», y como en ese momento no se había todavía constituido la junta de resolución por equis razones, nos vimos obligados a someter al arbitraje.

¿Saben cuánto se demoró el tribunal de arbitraje internacional integrado por tres abogados? Un año, seis meses para resolver la ampliación de plazo número uno.

Sin embargo, luego se suscitaron otras ampliaciones: la ampliación de plazo número diez, la once, la doce, que fueron o se sometieron a la decisión de la junta de resolución de disputas. En promedio se han demorado dos meses y cinco días.

Las tres ampliaciones llegan dos, cuatro, seis, más o menos, seis meses y quince días, aproximadamente. Una sola ampliación sometida a la jurisdicción arbitral: un año seis meses.

Ésa es la razón por la cual nos parece bastante eficiente la actuación, en este caso, de nuestra junta de resolución, y como institución, como figura jurídica me parece importantísimo, y más adelante vamos a dar testimonio de la eficiencia, digamos, de cómo está funcionando este mecanismo de la junta de resolución.

Jaime Gray Chicchón: Muchas gracias, doctor Canelo. Para nuestro invitado, que es gerente general de un reconocido contratista para Javier. Javier, la misma pregunta, por favor.

El doctor Canelo ha sido muy claro en decir que las juntas son eficientes. ¿Cuál es tu experiencia en cuanto al nombramiento; y, si esto es eficiente para ti, defendiendo los intereses de tu empresa?

Javier Salazar Flores: Gracias, ¿cómo están todos? Buenas noches.

Bueno, muy contento de estar aquí en la Católica, mi *alma mater*; me siento muy, muy honrado aquí. Y yendo directamente a la pregunta, ¿no?, digamos, que ustedes plantean.

Nuestro caso fue muy diferente. Nuestro caso la selección, digamos, de este equipo de tres, finalmente, miembros del *dispute board*, tenían claramente enfoques diferentes de parte nuestra y del cliente.

Nosotros estábamos defendiendo que fuera un ingeniero, considerando que era una obra de construcción por la experiencia. Tocó, finalmente, bajo esta modalidad de que cada uno defina su propio miembro. Nosotros nos definimos, finalmente, por un ingeniero, mientras el cliente estaba más enfocado en buscar un abogado.

Y, claramente, su decisión finalmente terminó siendo por un abogado.

Tocaba, finalmente, elegir el tercero, finalmente, el presidente; y, en este caso, siendo el caso de los Panamericanos, una obra que si... creo que es de conocimiento público; tuvo una modalidad de contrato diferente, colaborativa; el NEC. No sé si nos ha tocado o no en algunos días anteriores, tuviera conocimiento justamente de esta modalidad de contrato cola-

borativo que también significaba una innovación al momento de enfrentar una obra de construcción.

No, o sea, teníamos fundamentalmente una tendencia de contratista, definición que yo recibí al comienzo de mi actividad de contratista, era que «contratista» es ‘contra ti está’. (risas) ¿No? O sea, de alguna forma, digamos, es un poco el significado que está.

Entonces, el modelo colaborativo ha cambiado esa modalidad, ¿no? O sea, de alguna forma buscaba de que tanto el contratista como también el cliente, tuviéramos un objetivo común, en este caso era lograr, finalmente, que se hicieran los juegos en la fecha; en el plazo y se cumpliera, finalmente, con el objetivo, y también había un incentivo muy importante, digamos, ahorrar.

Tenía este contrato colaborativo; unos incentivos económicos; si se lograba un ahorro, se compartía este ahorro, tanto entre el cliente y, digamos, el constructor.

Y también había premios si se cumplían los plazos. Entonces, este modelo colaborativo también implicaba un reto diferente; y, justamente, este tercer miembro que, finalmente, fue el que presidió el *dispute board* tenía esa experiencia y ese conocimiento.

Jaime Gray Chicchón: OK. Y, para resumir, ¿encuentras eficiente el haber utilizado, al menos, en el nombramiento a una junta de resolución de disputas?

Javier Salazar Flores: No, sí, definitivamente, coincido con lo que se ha dicho antes.

O sea, el sistema fue muy eficiente en ese momento. Y, sobre todo, como les digo, en ésta de cómo elegir a las personas, de repente, más adecuadas para este tipo de proyecto que estamos, finalmente, enfrentando, ¿no?

Jaime Gray Chicchón: Vamos a seguir con las preguntas. No se preocupen que vamos a tener tiempo para poder transmitir las preguntas que ustedes formulen. Por supuesto que sí. Por favor, que llenen los formularios que se les ha dado y alcancen sus preguntas al personal del Centro que deben estar por ahí dando vueltas.

Y, si no están por ahí, les daremos el micrófono. Algo haremos.

Eliana y Carlos, por favor. Una pregunta ahora para ustedes. Un poco les voy a pedir que se autodescriban.

¿Cuáles son las características que deben tener los miembros de una junta de resolución de disputas?

Eliana, por favor.

Eliana Rivarola Rodríguez: Buenas noches con todos. Antes que nada, quiero agradecer al Centro de la Católica que me ha permitido participar en esta mesa.

Con respecto a la pregunta, quiero decir que he tenido la suerte, tengo la suerte de tener dos coadjudicadores con mucho prestigio y bastante conocimiento.

Con respecto a las cualidades que debe de tener un adjudicador, es importante, además del conocimiento para poder resolver las controversias de la obra, tener lo que se conoce como «habilidades blandas». Me refiero al carácter, la empatía que tiene que tener uno con las partes. Hay que ponerse en la situación de ambos casos, ya sea como entidad; conocer la problemática, pero también como el contratista. Saber cuál es la posición del contratista.

De esa manera, al entender los dos, y teniendo conocimiento del problema, se puede resolver con mayor claridad, y dentro del tiempo que se nos da.

Además, en las juntas de resolución de disputas, tiene la facilidad, porque para mí es una facilidad, a visitar la obra periódicamente que nos hace conocer realmente cómo es la obra; los problemas que se vienen dando en la obra, ¿no? Como en el caso de un arbitraje que, en el momento que nos presentan la demanda; y, posteriormente, la contestación a la demanda es algo muy frío; son papeles.

En cambio, visitar la obra; vivir con los personajes involucrados en la obra; lo que se vive; la problemática; la relación que existe entre ellos es muy importante para nosotros. Nos han ayudado bastante estas visitas y las reuniones que se tienen periódicamente con las partes, donde ellos nos exponen su problemática.

Y, es más, como conversaba con el ingeniero López, ahora vemos que hay mayor empatía entre ellos. Eso es importantísimo. Al principio, una cosa era entidad y otra cosa era contratista. Hoy en día ya no se da esto. Ahora hay mayor comunicación. Y tratan de resolver los problemas.

Para eso estamos, para eso está la junta, precisamente: para resolver los problemas técnicos, pero también el comportamiento social entre las

partes. Tiene que haber mayor empatía entre las partes y así se resuelven mejor los problemas que se puedan presentar.

Jaime Gray Chicchón: Muchas gracias.

Carlos, la misma pregunta, pero te la voy a complicar un poco más. En esas visitas o en esas ... al proyecto, ¿tú encuentras de especial utilidad la asistencia informal, esa ayuda a la gestión que ustedes pueden dar a las partes? ¿No sólo al contratista o al propietario, sino más bien enfocarse en la gestión del proyecto?

Carlos López Avilés: Sí, la respuesta es que sí. Y lo quiero desarrollar un poco más.

Jaime Gray Chicchón: Adelante.

Carlos López Avilés: La junta de resolución de disputas no sólo tiene como función resolver una disputa, sino tal vez la más importante es prevenirlas y evitar que sucedan; prevenirlas y evitar que sucedan.

Incluso, la sigla «DAB», que es *Dispute Adjudication Board*, en las últimas versiones de Fidic, se les ha agregado una «A» más y ahora es «DAAB», y la «A» adicional significa 'avoidance', que es 'evitar'.

Y uno de los mecanismos que sirven, justamente, para prevenir, y en su momento, evitar las disputas es la que acaba de mencionar Jaime Gray, que es la asistencia informal durante las visitas y las audiencias.

¿En qué consiste esta asistencia informal? Como decía la ingeniera Rivarola, nosotros vamos a la obra todos los meses. Nuestra última visita a Bagua ha sido la décima visita ya. Entonces, conocemos la situación cómo va desarrollándose.

Entonces, durante las audiencias, temas que no son controversia son discutidos y planteados; y, en su momento, si podemos en ese momento damos nuestras ideas y nuestras sugerencias, o las invitamos a las partes a que nos hagan una consulta, ya un poco más formal, pero que cae dentro del concepto de la asistencia informal.

La ventaja de la manera como esto está, digamos, previsto y normado, da una libertad en el siguiente sentido. Lo que la junta indique como parte de la asistencia informal; las ideas, las sugerencias, las recomendaciones, no obliga a la junta hacia el futuro si eso luego termina siendo una controversia.

Entonces, eso da una libertad de expresar cualquier tipo de sugerencia que la junta, en base a su experiencia, pudiese requerir o ver qué es necesari-

rio dar porque no se ve luego forzada a que, si luego hay una controversia, yo ya dije, y entonces estoy amarrado a eso. ¿Por qué? Porque las circunstancias pueden cambiar; la información puede cambiar; los datos pueden cambiar.

Entonces, regresando a la pregunta, la asistencia informal, entiendo que cubre la otra esfera de la junta que es la de la prevención, o cuando yo quise traducir la palabra *avoidance* para el curso que dictamos en la universidad hace unas semanas, encontré «evitación». No es una palabra que creo que ninguno de ustedes use; pero, por lo menos, es la forma en la que está traducida por el diccionario.

Jaime Gray Chicchón: Muchas gracias, Carlos. Yo quiero apuntar que ésta es una gran diferencia con el arbitraje, ¿no?

OK. Una pregunta para Roberto, para nuestro ponente.

Roberto, ¿cuál es la diferencia?, tú que has estado arbitrando y que además eres miembro de *dispute boards*, ¿cuál es la... en estas diferencias...? ¿Cuán importante es que los reclamos sean conocidos durante la misma ejecución de la obra y resueltos en esos plazos cortos? 21 días, 56 días, 84 días, 90 días, dependiendo de las reglas que apliquen. ¿Cuál es la diferencia con el arbitraje? ¿Por qué cuán importante es resolverlas durante la propia ejecución?

Roberto Hernández: Bueno, primero vale la pena decir que hay clientes y contratistas que escogen las *dispute boards* en forma permanente y otros en forma *ad-hoc*. El hecho de escogerlo en forma permanente ayuda a que el *dispute board* pueda durante el proceso de la obra; entender qué está sucediendo, como dijo la ingeniera, y saber la percepción de lo que las partes necesitan que se resuelva.

Esto es algo que cuando ya se presenta la desavenencia, desafortunadamente, porque hay veces que por más que quiera en un *dispute board*, inclusive las partes dicen: «pues, sabes qué, aunque hayamos querido, podemos evitarlo», van. Y la gran ventaja es que el *dispute board*, la JRD ya sabe de qué se trata y puede resolver, en consecuencia.

A todos, y sobre todo aquí, los que somos abogados, sabemos que un día, cuando nos llevan veinticinco carpetas y nos dicen: «esto es una demanda y tienes nueve días para responderla», no es lo mismo que si seguimos toda la relación contractual, y sabemos, precisamente, qué es lo que tenemos que plantear.

Entonces, ésa es la gran diferencia. El encontrarnos intempestivamente con un caso; que tenemos una curva de aprendizaje. Por lo tanto, esa curva de aprendizaje es la que le afecta a las partes, y en *dispute board* la posibilidad de tener todos los antecedentes para resolverlo con eficiencia lo más rápido posible, tomando en cuenta que las partes la necesitan. Pagos, convenios, ajustes, prórrogas, derechos inmobiliarios, etc., todo esto es lo que uno sabe; y, eventualmente, hasta puede ser invocar las visitas y los reportes anteriores para tomar una decisión, a pesar de que no esté referido en la desavenencia.

Jaime Gray Chicchón: OK. Quisiéramos retomar nuestra ronda. Y esta vez les voy a pedir rapidez para acabar en hora. Yo creo que hay muchas preguntas. Nosotros mismos hemos preparado más preguntas, pero el tiempo es tirano, y quien habla también.

Dicho esto, una primera pregunta, por favor... una segunda pregunta, perdón, a Javier y al doctor Canelo. ¿Entre arbitraje y junta de disputas? ¿Con cuál se quedan y por qué, por favor?

Javier Salazar Flores: OK, a ver, definitivamente vamos con junta de disputas. Y se dijo hace un momento, ¿no?, por el tema del carácter preventivo. O sea, un principio de ingeniería es que es mucho mejor hacer un mantenimiento preventivo que un correctivo. Para mí la definición justamente es ésa, o sea, yo llevo el arbitraje cuando ya tengo el problema. En todo caso, digamos, la posibilidad de esta *dispute board*, me permite, precisamente, adelantarme al problema y prevenirlo. Como se dijo hace un momento, se adelanta y se evita.

De mis amigos abogados, siempre un principio que me han enseñado, digamos, en mis contratos es que discuta mis cláusulas de salida cuando todavía somos amigos con la otra parte, ¿no? Porque es muy complicado, digamos, negociar la salida cuando ya uno está peleado. Entonces, creo que es un poco la fortaleza de esto, ¿no?, de poder conversarlo antes de que se pueda generar el conocimiento y la confianza en la etapa previa. Cuando todavía, de repente, no hay ningún problema para poder después enfrentar de mejor forma ya la diferencia, ¿no?

Jaime Gray Chicchón: Muchas gracias. Doctor Canelo.

Juan Gherman Canelo: Sí, brevemente, ¿no? Entiendo que aquí en el auditorio mayormente son abogados. Es importante decir la siguiente idea: el arbitraje, básicamente, es jurisdicción, y si es jurisdicción, lo tienen

que resolver en un laudo definitivo que tiene el valor de una cosa juzgada. Y al ser jurisdicción no se le puede consultar.

En cambio, la junta de resolución de disputas tiene ese beneficio, esa particularidad que, además de resolver, ¿no es cierto?, la controversia, a través de una decisión que, siendo obligatoria, no es definitiva. Es decir, no genera cosa juzgada. La decisión de la junta de resolución termina siendo un tema arbitrable, de tal modo que, si una de las partes no está de acuerdo con la decisión de la junta de resolución, tranquilamente se reserva el derecho de llevar esta controversia, o de someter la decisión a la jurisdicción arbitral.

Entonces, eso me parece que es importantísimo. Lo segundo es que, como ya lo han esbozado las personas que me han antecedido, básicamente, en la junta de resolución hay un acompañamiento en el proceso constructivo de la obra. Por consiguiente, cuando se presenta la controversia, no es que la historia la presentamos en papeles, como sucede en la jurisdicción arbitral, sino que nosotros vamos a contar una historia (las partes) que ya los adjudicadores; la junta de resolución la conocen. Y, entonces, eso facilita la decisión.

Y, finalmente, dado el tiempo cortísimo, yo creo que aquí hay dos principios muy importantes que vienen del ámbito procesal: el principio de la intermediación y el principio de la oralidad.

La oralidad se da en todo el proceso del acompañamiento y de la decisión. Y la inmediatez, ¿no?

Los adjudicadores no solamente tienen la inmediatez con las partes, no con la obra misma; por consiguiente, ellos han visto, ellos han oído los problemas, a veces, en el mismo campo de batalla, por usar un término; y, por consiguiente, también facilita la decisión. Eso es lo importante de la junta de resolución.

Jaime Gray Chicchón: Muchas gracias. Nuevamente una pregunta conjunta para Eliana y Carlos, y siempre pidiéndoles que sean muy breves para poder darle la oportunidad al público para que intervenga.

Eliana y Carlos, sin romper, por favor, su deber de confidencialidad, durante las audiencias ustedes son árbitros también, ¿cuál es la diferencia entre una audiencia arbitral y una audiencia de un *dispute board*? Cuéntenos sus experiencias.

Eliana Rivarola: Bueno, es totalmente diferente porque las partes tienen que contarnos lo que nosotros ya sabemos porque lo hemos vivido, como dice el doctor Canelo.

No pueden aumentar ni disminuir lo que realmente ha ocurrido.

Como nosotros llevamos el acompañamiento total de la obra constantemente, a pesar de que vamos una vez al mes, siempre estamos en contacto y nos vienen comunicando los hechos más relevantes, ¿no?

Entonces, cuando asistimos a estas audiencias, nosotros ya sabemos los problemas que han sucedido en obra, y lo único que ellos tienen que hacer es detallar su posición, y nosotros procedemos con el análisis.

Caso muy contrario en el arbitraje. Nos llega la demanda o nos llega una pericia que nos ayuda a resolver porque nosotros no conocemos lo que realmente sucedió en la etapa de la obra. Es algo muy frío.

En cambio, la junta es diferente; es un acompañamiento. Además, vivimos las partes, los problemas. Es algo muy importante; lo vivimos.

Muchas gracias. Carlos.

Carlos López Avilés: Bien, cuando dice: «lo vivimos», les puedo decir que nos mojamos y nos metemos al hueco y nos cae el agua del techo del túnel.

Jaime Gray Chicchón: Literalmente.

Carlos López Avilés: Literalmente, ¿no?

Sobre la diferencia con las audiencias. Yo he estado esta mañana en una audiencia, justamente, de arbitraje defendiendo una pericia, y habíamos dieciséis personas en la sala; dieciséis personas.

En determinado momento, uno hablaba, el otro rebatía, por supuesto, los abogados que estaban hablando sobre ampliaciones de plazo y no entendían qué cosa era ruta crítica, pero ahí estaban discutiendo, ¿no?

En las audiencias que hemos tenido en la junta de resolución de disputas, prácticamente, solamente hablan dos personas, una de cada lado, y nada más porque no necesitan contarnos las cosas porque las cosas las hemos visto.

Alguna vez puse un ejemplo: es la diferencia entre ver la película y que te cuenten la película. ¿Cómo haces una crítica de la película? ¿Porque la has visto o porque te la han contado?

Nosotros la hemos visto. Entonces, como dice Eliana, la audiencia es, simplemente, para que ya se fijen, más o menos, las posiciones, lo que cada

uno dijo, ¿no?, pero nosotros ya sabemos todo lo que ha pasado, no nos pueden contar cuentos, ¿no?

Pero, dieciséis personas en una audiencia contra dos que hablen en la otra; en la junta de resolución de disputas; y, generalmente, dos ingenieros, ¿no?

Cuando van a hablar dos abogados, yo, la verdad que me pongo un poco tenso, ¿no?

Jaime Gray Chicchón: Entonces, el tema no es sólo el uso de corbata; va más allá.

Carlos López Avilés: Por supuesto.

Jaime Gray Chicchón: OK. Abrimos, por favor, les invitamos a levantar la mano. El equipo del Centro les va a alcanzar el micrófono.

Preguntas, por favor.

¿Ninguna? Es que estamos en un congreso de arbitraje.

¡Ah! Perdón, César.

César Guzmán-Barrón: Yo quería preguntar...

Jaime Gray Chicchón: Perdón, te van a alcanzar, por favor, el micrófono. Estás mal César, además.

César Guzmán-Barrón: Una consulta. Entendemos que la Ley de Contrataciones del Estado tiene una disposición en virtud de la cual, a partir del próximo año, será obligatorio el uso de la junta de resolución de disputas para obras por encima de veinte millones de soles; y que, más o menos, ello podría implicar una cantidad «n» que algunos calculan en cien obras que estarían sujetas a este sistema.

La pregunta es: ¿estamos preparados?, ¿estamos capacitados?, ¿está ya entendido? Una.

Y la segunda pregunta es: ayer veíamos con mucha preocupación la existencia de centros truchos, ¿podría haber hoy día, dado que la legislación no exige ningún requisito centros que empiecen a utilizar de mala forma la junta de resolución de disputas? ¿Cómo evitarlo?

Jaime Gray Chicchón: Muchas gracias. ¿A cuál de nuestros panelistas le diriges tu...

César Guzmán-Barrón: Bueno, la primera, tal vez a Carlos; la segunda, tal vez al doctor Canelo por, simplemente, nombres, pero quien fuera necesario.

Jaime Gray Chicchón: Muchas gracias. Carlos, por favor.

Carlos López Avilés: Sí, la universidad ya está dando en este momento el segundo curso que ha programado el presente año para la formación de adjudicadores sobre la preparación de adjudicadores.

Y es cierto, el próximo año, cuando las juntas sean obligatorias para los contratos por encima de veinte millones, se hace un estimado de que, por lo menos, serán cien o doscientas juntas las que tendrán que establecerse.

Si pensamos que un adjudicador no debería tener más de dos juntas en simultáneo, y son cien o doscientas juntas, son seiscientos, y dividido entre dos, por lo menos, entre cien y ciento cincuenta adjudicadores serán necesarios contar a nivel nacional para que esto funcione, ¿no?

Pero, rápidamente coincido con César que no solamente es cuestión de que los adjudicadores estén preparados, sino las partes tienen que estar preparadas, porque, si las partes no entienden el proceso; no saben cómo funciona, de nada les sirve tener una junta nombrada, porque no van a saber cómo utilizarla.

¿Para qué las partes nombrarán una junta si ellas mismas no saben cómo funcionan o para qué sirven?

Entonces, sí hay una labor de entrenamiento muy fuerte que hacer para que los adjudicadores y también para difundir entre las partes qué cosa es esto y cómo funciona.

Jaime Gray Chicchón: Gracias, Carlos. Doctor Canelo, su opinión sobre los centros ... ¿y qué hacemos con los centros truchos?

Juan Gherman Canelo Dávila: Sí, mire, a partir de enero del 2020, existe la obligación de someter las controversias a las juntas de resolución.

He aquí un hecho muy importante. Esta obligación se convierte en una suerte de exigencia procesal, de tal modo que es una suerte de requisito de procedibilidad o de un presupuesto procesal para ir al arbitraje.

Por consiguiente, si uno va al arbitraje sin haber sometido previamente la controversia a la junta de resolución, lo van a declarar improcedente. No puede. Un poco para los que litigan, ¿no?, para someter una controversia a la vía judicial, en algunos casos me exigen pasar previamente por la conciliación. Si no he pasado por la conciliación, mi demanda la van a declarar improcedente. Algo así va a suceder con el tema del arbitraje.

En lo otro, yo he estado participando... he participado, perdón, recién en un fórum que ha organizado el Colegio de Ingenieros, y tengo enten-

dido que el Colegio de Ingenieros, si es que no lo ha implementado, está camino a implementar su junta de resolución.

Conversaba con el decano, y él decía que tenía una lista de adjudicadores al comienzo, más o menos regular, pero que de pronto se han ido decantando y han ido al arbitraje, de tal modo que ese número que tenía se ha reducido bastante. Pero ahora que los ingenieros conocen ya el tema de la junta de resolución, probablemente, esta nómina va a avanzar; se va a incrementar, y entonces ya tenemos al Colegio de Ingenieros, tenemos a la Universidad Católica y entiendo que otras instituciones van a implementarlo.

Yo aquí haría una recomendación, por ejemplo, desconcentrar o descentralizar; no sé cuál es el término correcto acá que la universidad, por ejemplo, ponga una suerte de, en el norte, en el centro y en el sur, una junta de resolución de disputas bajo la organización de la misma universidad, ¿no es cierto? Entonces, eso va a facilitar muchísimo para que las entidades públicas sometan sus controversias a la junta de resolución.

MESA 5: EL ARBITRAJE DE CONSUMO. ¿CUÁLES SON LOS NUEVOS RETOS QUE ENFRENTA?

Lou-Anne Flores Sánchez (moderadora)
Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio
Yvette Sanguinetti Campos
Alonso Morales Acosta
Moisés Rejanovinschi Talledo

Palabras de presentador: Retomando las ponencias, continuaremos con la mesa 5, donde se encuentran los ponentes que emitirán sus reflexiones en torno al siguiente tema: «Arbitraje de consumo. ¿Cuáles son los nuevos retos que enfrenta?».

La misma se encuentra conformada por la moderadora Lou-Ann Flores Sánchez, asesora jurídica de Verisure Perú; y los ponentes Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio, árbitro y vocal de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales en Indecopi, quien se encuentra en camino y se incorporará a la mesa en cuanto llegue; Yvette Sanguinetti Campos, secretaria técnica de la Junta Arbitral de Consumo de Indecopi; Alonso Morales Acosta, socio principal del Estudio Torres y Torres Lara y Asociados, quien también está en camino y se incorporará en cuanto llegue y Moisés Rejanovinschi Talledo; árbitro de consumo y profesor del Departamento de Derecho Programa de Segunda Especialidad de Derecho y de la Maestría de Derecho de Propiedad Intelectual y Competencia de la PUCP.

A continuación, cedo la palabra a la moderadora.

Lou-Ann Flores Sánchez: En primer lugar, quiero agradecer a la PUCP y al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por la invitación, y también por la organización de este magno evento.

Asimismo, quiero felicitarlos por salir un poco del esquema tradicional y brindar un espacio para poder conversar sobre el sistema de arbitraje

de consumo, el cual no todas conocemos, pero es bastante importante conocer cuáles son sus alcances y cuál es la nueva tendencia en el Perú.

El arbitraje de consumo entra en vigencia con la publicación del Código de Protección al Consumidor, el 2 de septiembre de 2010, disponiéndose en éste, en el artículo 137, la creación del sistema de arbitraje de consumo.

El arbitraje de consumo es un mecanismo de solución de conflictos que surgen de las relaciones de consumo. Es el único tipo de arbitraje en el Perú que es totalmente gratuito, además de ofrecer una solución de manera sencilla y rápida, tanto para proveedores como para consumidores.

Este mecanismo es una vía alternativa al procedimiento sancionador que siguen los órganos resolutivos del Indecopi, y propone un esquema que permite que, tanto los proveedores como los consumidores puedan acudir a este tipo de justicia sin necesidad de tener un asesor legal.

En el año 2011, para poder dar inicio a las actividades del arbitraje de consumo, se publicó el Decreto Supremo n.º 046-2011-PCM, con el cual se aprobó el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, donde se disponían ciertas reglas para el trámite de los arbitrajes y las funciones de los órganos que lo componían, tales como la Junta Arbitral de Consumo, la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor y los órganos arbitrales.

La Junta Arbitral de Consumo piloto se gestó al interior del Indecopi, y desde el año 2016 ha venido ejecutando sus funciones, promoviendo el uso del arbitraje de consumo a nivel nacional, mediante también, por ejemplo, la capacitación de todas las oficinas regionales del Indecopi. Una labor que tuve el agrado de realizar, conjuntamente con Yvette durante el año 2018. Y también se promovió la constitución de otras juntas arbitrales en gobiernos regionales y gobiernos locales.

Sin embargo, a la fecha solamente contamos con la Junta Arbitral de Consumo del Indecopi, pero es bueno recalcar que sí hubo interés de ciertas municipalidades como la de San Isidro y San Borja, aunque por diversos factores, como el de presupuesto, finalmente no concluyeron este proyecto.

Luego, poco más de un año con la experiencia de la junta arbitral, y ganando ya bastante experiencia en la gestión de procesos, para el mes de mayo del 2019, el Indecopi y la junta lograron publicar el Decreto Supremo n.º 103-2019-PCM, con el cual se aprobaba el nuevo Reglamento del

Sistema de Arbitraje de Consumo, el cual incluye modificaciones importantes y promueve y compromete más a los actores de este nuevo mecanismo, con miras de poder consolidarlo como una forma efectiva y más recurrida para la solución de conflictos de consumo.

Esta noche, como verán, me encuentro acompañada de grandes profesionales que han visto desde el inicio el arbitraje de consumo en el Perú; y, bueno, vamos a poder ver, entonces, cuál es el presente, un poco del pasado y también cuáles son los retos a futuro del sistema de arbitraje de consumo.

Para iniciar, vamos a contar con la presentación de la doctora Yvette Sanguinetti, quien es, como lo escucharon, secretaria técnica de la Junta Arbitral de Consumo piloto, y quien nos va a hablar de cuáles son las nuevas oportunidades, así como los retos de la junta arbitral de consumo.

Yvette Sanguinetti: Buenas noches. En primer lugar, agradecer la invitación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica; agradecer a Lou-Ann también la introducción. Yo soy secretaria técnica de la Junta Arbitral de Consumo piloto que está a cargo de la implementación y el funcionamiento del sistema de arbitraje de consumo.

Este sistema ha sido creado, como bien lo ha dicho Lou-Ann en el 2010, y aquí voy a quizás repetir un poco lo que ha dicho, pero agregándole un poco qué es lo que ocurrió, ¿no?, antes de que se diera el Código de Protección y Defensa al Consumidor.

¿Qué sucede con el arbitraje de consumo? ¿Es una creación peruana? No. Es un sistema, un mecanismo de solución de controversias importado de España.

En España, en el año 1984, la Ley General de Defensa del Consumidor, crea el sistema de arbitraje de consumo como un mecanismo adicional al proceso judicial para resolver las controversias que puedan tener consumidores y proveedores, en el marco de una relación de consumo.

De esta manera, se crea en el Código el Sistema de Arbitraje de Consumo, y no es hasta el año 1993 que recién se reglamenta. Algo similar a lo sucedido acá en el país, que es que se importa recién en el año 2010, y recién en el 2011 es que se reglamenta el sistema de arbitraje de consumo.

Este mecanismo, bajo los parámetros en los que ha sido elaborado, solo existe en España, en Argentina desde 1998 y acá en Perú desde el año 2010.

Sin embargo, tiene unas características que lo hacen diferente a los centros de arbitraje que ven arbitraje comercial o de contrataciones, que es lo que usualmente conocemos acá en el país.

Entonces, este mecanismo tiene ciertas características que lo hacen diferente. Entonces, ¿qué sucedió después del 2011?

Lo que sucede es que dicen: «los centros de arbitraje que para el sistema de arbitraje de consumo son conocidos como juntas arbitrales de consumo, deben constituirse al interior de gobiernos regionales y de gobiernos locales. Ahí estaba el primer problema del sistema. ¿Cómo generamos que gobiernos regionales y gobiernos locales tengan incentivos para crear juntas arbitrales dado su poco presupuesto? Y también dada la poca confianza que pueden tener, tanto las empresas como los consumidores para utilizarlo. El sistema... un sistema que puede estar creado al interior de un gobierno regional o local.

Entonces, se trata... se empiezan a realizar reuniones. Es más, hubo una consultoría que hizo el Centro de la Católica dando pautas sobre cómo debería ser la implementación del sistema de arbitraje de consumo.

Lo sucedido es que hasta el 2015 ningún gobierno regional o local tuvo la intención o se promovió el tema de la implementación de las juntas arbitrales de consumo. Y es por eso que el Indecopi asume este reto y dice: «nosotros vamos a crear la primera junta arbitral de consumo como un modelo piloto para replicar en las demás entidades».

Entonces, en el 2015 se crea la Junta Arbitral de Consumo piloto y, a mediados del 2016, inicia sus funciones. Es decir, ya empezamos a recibir solicitudes de arbitraje, ya contábamos con un registro de árbitros; una nómina, y se empiezan a realizar las funciones y empezamos a recabar toda la información necesaria para verificar cómo marchaba el sistema.

Y la primera cuestión, el primer inconveniente que observamos, era que el reglamento elaborado en el año 2011 estaba hecho por personas vinculadas al derecho administrativo, no al arbitraje; entonces, ahí teníamos bastantes taras, bastantes como problemas para implementarlo, pues parecía un procedimiento administrativo más, y toda esta situación más los pocos incentivos que tenían tanto los consumidores como los proveedores para utilizar este mecanismo, es que generan que se empiece a elaborar un nuevo reglamento, el cual ha sido publicado recientemente, como bien lo ha dicho Lou-Ann, en mayo, el 29 de mayo de este año, y que, bueno, se

trata de tomar las disposiciones de la Ley General de Arbitraje y aplicarlas correctamente al arbitraje de consumo.

No voy a tocar el tema de las modificaciones de este nuevo reglamento porque ése es un tema que le corresponde a Paolo, entonces, no quisiera repetir lo mismo que van a decir dentro de un momento. Entonces, yo solamente me voy a dedicar a conversar sobre la experiencia de la junta arbitral de consumo.

Éstos son los números que la junta arbitral que no viene a ser otra cosa que el Centro de Arbitraje de Consumo que está al interior del Indecopi.

Como ustedes pueden ver, al inicio, como creo cualquier centro de arbitraje, no es fácil la labor, ¿no? Hay una labor de difusión que se debe realizar y, sobre todo, porque tenemos unas formas muy especiales en que las partes manifiestan la voluntad o su voluntad de que las controversias que puedan tener, las resuelvan a través del arbitraje. Y estas peculiaridades hacen que sea difícil su implementación.

Entonces, tenemos y voy a empezar por el segundo punto, que en el 2016 sólo recibimos unas nueve solicitudes de arbitraje. Ese número ha ido incrementando progresivamente, y esperamos, pues, que, con el nuevo reglamento, sean más los consumidores que utilicen el sistema de arbitraje de consumo.

Ahora, respecto de los laudos arbitrales, bueno, ése es el número, ¿no? O sea, de las nueve solicitudes y setenta y tres solicitudes entre el 2016 y el 2017, solamente pudieron llegar a ser procesos arbitrales cinco, y ahí ustedes pueden ver los números que son bastante bajos, respecto de la solución de controversias a través de este mecanismo.

¿Qué pasa con el arbitraje? ¿Por qué es que no tenemos grandes números y nada por el estilo? Y es que hay o las formas en que el consumidor o el proveedor se someten al arbitraje, no solamente están abocadas al tema del convenio arbitral; es decir, no hay una única forma en que ellos pueden señalar o manifestar su voluntad de utilizar el arbitraje, ¿no?

Entonces, hay también la adhesión. ¿Qué es la adhesión al sistema de arbitraje de consumo? Pues, es una oferta pública que realizan los proveedores antes del surgimiento de cualquier controversia.

Este procedimiento lo hacen ante el propio Indecopi, en el que manifiestan e indican: «saben qué, yo como proveedor quiero que ante cual-

quier controversia que pueda tener con clientes, se pueda resolver este inconveniente, este reclamo a través del arbitraje de consumo».

Entonces, la oferta pública queda allí, ¿y qué sucede con el consumidor? Ya depende de él ante el surgimiento del conflicto si decide utilizar el arbitraje de consumo o irse por otra de las vías que tiene como el procedimiento sancionador o el proceso judicial.

Entonces, cuando el consumidor presenta la solicitud de arbitraje, ahí recién tenemos que ambas partes han manifestado su voluntad y tenemos una suerte de, pues, finalización del convenio arbitral y se inicia el proceso.

Entonces, nosotros necesitamos que las empresas se adhieran al sistema de arbitraje de consumo para lograr que existan más procesos arbitrales. ¿Por qué? Porque muchas veces los contratos de consumo o en las relaciones de consumo no necesariamente hay contratos que son suscritos por ambas partes. No hay materias como el tema inmobiliario como temas, pues, de compra y venta de vehículos, que sí hay contratos físicos, pero hay compras que se realizan sin necesidad de suscribir un convenio.

Entonces, es importante para nosotros manejar este tema de la adhesión, de la afiliación de las empresas al sistema de arbitraje de consumo. Y ése es el número, en la parte superior pueden observar, de empresas que, hasta la fecha, forman parte del sistema.

Entonces, éstas son las peculiaridades que tiene el sistema de arbitraje de consumo que seguramente más adelante van a poder tener más claro este tema.

Ahora, lo que quería también mencionarles es que, si bien ambas partes se someten al arbitraje de consumo, siempre en este mecanismo es el consumidor quien activa el arbitraje. Es el consumidor quien presenta la solicitud ante la junta; nosotros nos encargamos de verificar que haya convenio arbitral o que la empresa esté adherida. Y si no es así, le enviamos también una comunicación a la empresa para que responda si desea utilizar o no el arbitraje de consumo. Si acepta, entonces, conformamos el tribunal arbitral; si no acepta, entonces, se rechaza la solicitud de arbitraje.

Entonces, ése es el trámite que se sigue ante la junta arbitral de consumo, antes de que inicie el proceso arbitral.

Esto es, básicamente, el proceso en conjunto, en resumen, son solamente cuarenta y cinco días hábiles en los que se resuelve desde la admisión de la solicitud de arbitraje hasta que se emite la decisión final o el laudo.

Acá también quisiera hacer hincapié en un tema, y es que, normalmente, en el arbitraje comercial o en los otros arbitrajes tú tienes una solicitud de arbitraje y, posteriormente, les dan un plazo para presentar la demanda arbitral.

En este caso, en el arbitraje de consumo, conjuntamente con la solicitud de arbitraje, tienes la presentación también de la demanda.

Nosotros, como son consumidores los que activan el sistema y no son personas, pues, que necesariamente conocen de derecho, les facilitamos un formulario donde ayudamos a que puedan poner, pues, las pretensiones que desean resolver dentro del arbitraje de consumo.

Entonces, con la solicitud de arbitraje está la demanda arbitral. Una vez que se conforma el tribunal arbitral, no hay un plazo para que presente la demanda, sino que se inicia con la admisión de la solicitud. Se da un plazo que, según el reglamento, es de cinco días hábiles que pueden ser prorrogables para la contestación, y luego se celebra una audiencia única.

En esta audiencia única, se invita a las partes a conciliar, se fijan los puntos controvertidos, se admiten los medios probatorios y se da una suerte de informe oral. Es decir, todas las etapas que en un arbitraje comercial pueden ser separadas las audiencias, en el caso del arbitraje de consumo se dan en una única audiencia.

Y, finalmente, después de esta etapa viene la decisión final o laudo arbitral, ¿no?

Finalmente, yo quería... quisiera invitarlos a entrar para observar la Guía Práctica sobre Arbitraje de Consumo que ha elaborado recientemente el Indecopi. En esta guía está toda la información sobre las modificaciones del nuevo reglamento y es básica para cualquier persona que esté interesada, ya sea en utilizar el arbitraje como mecanismo para resolver su controversia, como aquellas personas o profesionales que estén interesados en integrar el Registro Único de Árbitros.

Y, bueno, dicho esto, quisiera también comentarles —porque sé su parte también de la exposición— sobre las nuevas oportunidades que tiene la junta arbitral en el marco de la dación de este nuevo reglamento.

Entonces, lo primero es que este reglamento, lo que está contemplando es la posibilidad de que exista una plataforma virtual, a través de la cual se pueda brindar el servicio de arbitraje de consumo. En España ya existe el arbitraje electrónico y hay proyectos dentro de la institución que repre-

sento para poder, quizás no tan pronto, pero desarrollar un mecanismo de esta naturaleza.

Otra cuestión en la que está trabajando también la junta arbitral de consumo es en la publicidad de los laudos arbitrales, pero respetando o resguardando la identidad de las partes para respetar el principio de confidencialidad, probablemente, antes de que finalice el año, ya en la plataforma o en el portal web del Indecopi, se pueda acceder a los laudos arbitrales emitidos hasta la fecha.

Finalmente, hay un plan de ejecución, un plan de trabajo que estamos elaborando para poder lograr que existan juntas arbitrales de consumo en las diferentes localidades del país.

No obstante, debemos señalar que, dados los medios electrónicos que existen ahora, el hecho de que la Junta Arbitral de Consumo piloto funcione solamente en Lima, no es impedimento para que las personas que viven al interior del país puedan presentar sus solicitudes de arbitraje. Actualmente, tenemos solicitudes de Arequipa, de La Libertad y los medios, las notificaciones, las audiencias, todas se realizan, pues, por medios electrónicos, a través de videoconferencias, y las notificaciones a través de correos electrónicos.

Entonces, las oportunidades que tenemos es aprovechar el tema de la era digital, y poder aprovechar estas herramientas para facilitar este mecanismo.

Es diferente al arbitraje comercial, es diferente al arbitraje de contrataciones con el Estado, que es lo que usualmente se ve del arbitraje internacional, pero sigue siendo arbitraje, ¿no? Y es algo que yo quisiera que ustedes tengan en mente porque muchas de las críticas que a veces se hacen al sistema de arbitraje de consumo es que «es un procedimiento administrativo y le están llamando arbitraje», y eso no es cierto.

Si ustedes se detienen o revisan el Reglamento de Arbitraje de Consumo, se van a dar cuenta de que son las mismas reglas del arbitraje, simplemente aplicadas a unas controversias que son mucho más sencillas muchas veces, como son los problemas que surgen en relaciones de consumo.

Y, bueno, dicho esto, creo que ya estoy en mi tiempo, agradezco una vez más la invitación y eso sería todo de mi parte.

Muchas gracias.

Lou-Anne Flores Sánchez: Yvette, ¿qué tal? Para cerrar un poco tu exposición, te voy a hacer un par de preguntas.

Bueno, estamos viendo que, poco a poco, el arbitraje de consumo va ganando más campo, se va haciendo un poco más popular, pero todavía no podemos hablar de una consolidación. Entonces, ¿qué acciones está promoviendo o, bueno, qué objetivos puntuales tiene ahorita el Indecopi o, propiamente, la junta arbitral de consumo para poder lograr esta consolidación del arbitraje de consumo en el Perú?

Yvette Sanguinetti: Bueno, son diferentes las medidas que estamos tomando en el Indecopi y la junta arbitral de consumo también para poder lograr la consolidación del arbitraje de consumo.

Primero, como mencionaba, era el tema del Registro de Árbitros. Nosotros, actualmente, solamente tenemos treinta y cinco profesionales que integran la nómina de árbitros; y, finalmente, los que resuelven o los que suelen resolver son solamente once árbitros que son de la nómina especial de árbitros propuestos por entidades públicas. Entonces, necesitamos ampliar esto, porque en la medida que ampliemos los profesionales y la calidad de profesionales también, entonces, vamos a lograr que también haya más confianza por parte de las empresas.

No es que los actuales árbitros que forman parte de la nómina no tengan una buena calidad, acá tenemos a Alonso Morales y a Moisés Rijano-vinschi, que son concedores de temas de arbitraje y temas de protección al consumidor, pero necesitamos más especialización.

Si, por ejemplo, queremos lograr que existan empresas como bancos adheridos al sistema de arbitraje de consumo, tenemos que traer especialistas en temas bancarios.

Entonces, hay una posición de fortalecer la nómina de árbitros actual, por un lado. Por otro lado, está el tema de difusión con las empresas.

Nosotros nos reunimos constantemente con las empresas para presentarles este mecanismo de resolución de controversias que, para ellos, es algo nuevo.

Decirle a una empresa: «resuelve tu controversia a través de arbitraje de consumo», donde si bien no te van a imponer multas, pero sí pueden ordenarte que otorgues una indemnización a favor del consumidor es un poco... o sea, le genera inseguridad. Yo, la multa, si yo cometo tal infracción, sé cuánto me va a poner el órgano administrativo del Indecopi.

Pero no sé cuánto me podrían imponer como indemnización a favor del consumidor.

Entonces, esos temores que se han generado y que los hemos conocido a lo largo de estos años, es lo que queremos demostrar que no es así. Y por eso es que nosotros estamos buscando también el tema de la publicidad de los laudos, porque cuando las personas puedan observar cómo es que se está desarrollando y resolviendo los casos, entonces van a generar más confianza en que no hay falta de predictibilidad o no les van a poner, pues, indemnizaciones astronómicas si es que no han sido acreditadas.

Lou-Ann Flores Sánchez: Bueno, para finalizar, sabemos que en materia de protección al consumidor tenemos como vías alternas, tanto el procedimiento sancionador como el arbitraje de consumo.

En este caso, ¿cuáles son las, de repente, directivas, lineamientos o estas coordinaciones que ya se están manejando, tanto de la junta arbitral para los órganos resolutivos para poder apoyarse porque, bueno, vemos que podemos tener, de repente, en un momento, un tema como un conflicto de competencia.

Sí, la verdad es que, como lo dice o lo ha dicho muchas veces el presidente de Indecopi, este tema del arbitraje de consumo es Indecopi *vs.* Indecopi. Quizás son los órganos resolutivos y la junta arbitral de consumo.

El tema acá es que los órganos resolutivos... los órganos administrativos que resuelven los procedimientos sancionadores, deberían estar abocados a resolver, pues, procedimientos que involucren conflictos de intereses o que involucren convenios colectivos o intereses difusos, no para el tema, pues, de la señora que fue a la bodega y no tuvo una solución a su problema. Para eso deberían emplearse los mecanismos alternativos de resolución de controversias, como el arbitraje de consumo.

Entonces, la labor que se realiza al interior del Indecopi es, sobre todo, con las personas que reciben a los ciudadanos para que sepan todas las alternativas que tienen. Y ahí tú bien mencionaste la labor que hemos hecho desde hace dos años de enseñar y un poco demostrar cuáles son las bondades de este sistema, no solamente a los de afuera, sino a las propias personas del Indecopi; a los que atienden al público, para que puedan orientar de manera correcta al consumidor.

Y, básicamente, es eso, ¿no? Nosotros no tenemos mucha coordinación con el procedimiento... con los órganos resolutivos del Indecopi,

pero ellos tienen conocimiento de que, cuando hay empresas, pues, que están adheridas o todo, hay que darles opción a los consumidores de poder acudir al arbitraje de consumo, antes de acudir a un procedimiento sancionador.

Lou-Ann Flores Sánchez: Muchas gracias, Yvette. Bueno, para continuar con las exposiciones.

Ahora vamos a dar pase al doctor Paolo del Águila, quien nos va a mencionar y explicar cuáles son esas principales modificaciones que se están viendo con el nuevo reglamento del arbitraje de consumo y también las consideraciones respecto de ellas.

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio: Bueno, muy buenas noches con todos, en primer lugar, agradecer al Centro de Arbitraje... al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos (creo que lo dije bien) de la PUCP por la invitación. Excusarme y disculparme con ustedes por la tardanza ésta, creo que llegué cinco o diez minutos tarde: la Costa Verde me jugó una mala pasada.

Y, bueno, un poco dentro de los márgenes del tiempo que me han dado, hablar de todas las modificaciones que trae el nuevo reglamento de arbitraje de consumo, sino aquéllas que considero las más relevantes, darles alguna explicación y un poco mostrar si esto, finalmente, va a contribuir o no a ser, principalmente, el más usado, el arbitraje de consumo, ¿verdad?

Tengan en cuenta que entre el reglamento anterior que se ha derogado, al actual, pasaron exactamente ocho años. De hecho, en mayo del año 2011 se promulga, se publica el Reglamento de Arbitraje de Consumo, el primero que hubo. Y éste, en los ocho años de vigencia, la verdad es que tuvo muy poca *praxis*, muy poca práctica, muy pocos casos.

Más allá del plan piloto que bien lo mencionaba Yvette, se hizo a nivel del Indecopi, se trabajaron algunos casos, pero realmente no se tuvo la cantidad de procesos arbitrales de consumo como se había imaginado al momento de dar esta legislación con el código y después con el reglamento del 2011.

Ocho años después, exactamente ocho años, mayo del 2019, tenemos el nuevo Reglamento de Arbitraje de Consumo, el D.S. n.º 103-2019-PCM, que nos va a traer algunas novedades que creo que es importante resaltar. Y veamos, luego, si esto va a coadyuvar para el uso eficaz de esta herramienta.

En primer lugar, creo que la primera diferencia notoria es la organización de las JACs. Las JACs son estas juntas arbitrales de consumo que están previstas en el reglamento y también en la norma.

Estas juntas arbitrales, en el anterior reglamento solamente podían constituirse en gobiernos regionales y locales. El reglamento actual expande bastante el campo de acción o la posibilidad de constitución de JACs a otros órganos, no necesariamente municipalidades y gobiernos regionales, sino también entidades del sector público, como pueden ser universidades, como pueden ser colegios profesionales, como pueden ser otro tipo de organismos. Esto, de alguna manera, va a generar, esperemos, una suerte de interés en estas instituciones del sector público, de poder tener en su seno una junta arbitral de consumo frente a la cual se puedan llevar a cabo procesos de arbitraje.

Además, y esto también es otro tema importante, se elimina todo este tema de la competencia territorial; es decir, con el anterior reglamento tú solamente podías llevar a cabo tu proceso en la localidad a la cual tú pertenecías.

Ahora tú, básicamente, puedes llevar en cualquier junta arbitral de consumo constituida en cualquier lugar del país, tu proceso de arbitraje.

De hecho, se da la posibilidad, como corresponde a las partes, para que pacten, respecto de qué junta arbitral de consumo ellas quieren llevar el proceso arbitral. Y esto también elimina, como pongo en la diapositiva, algunos inconvenientes de competencias territoriales. Eso como primer punto de diferencia saltante.

El segundo punto está referido a la conformación de las listas de árbitros. Acá, nuevamente, pasamos por una diferencia gravitante.

Con el anterior reglamento cada junta arbitral debía tener una lista de árbitros, con lo cual tenías una situación medio rara donde existían tantas listas de árbitros como juntas arbitrales de consumo existían en el país. De hecho, uno para ser árbitro de consumo tenía que inscribirse, si quería hacerlo, en distintas localidades, teniendo que inscribirse en cada junta arbitral de consumo para formar parte de su nómina de árbitros.

De alguna manera, esto dificultaba y hacía engorrosa la inscripción de árbitros porque tenías que estar saltando e inscribiéndote en cada localidad.

Y, además, también daba, un poder, hasta cierto punto, medio discrecional a las juntas arbitrales al momento de designar o integrar estas nóminas de árbitros.

El nuevo reglamento crea algo que me parece mucho más interesante y más eficaz, que es el Registro Único de Árbitros, permitiendo que todas las juntas arbitrales de consumo cuenten con la misma cantidad y calidad de árbitros. De hecho, de este Registro Único de Árbitros, van a ser las partes, eventualmente, o en defecto de ellas, el secretario técnico de la JAC, quien designe al profesional o a los profesionales que van a integrar el tribunal arbitral que, a su vez, va a resolver la controversia.

Con ello, no voy a necesitar, pues, si es que quiero ser árbitro de consumo, tener que inscribirme sucesivamente en distintas listas o nóminas de las distintas JACs existentes, sino que bastaría con integrar, como ya sucede, el Registro Único de Árbitros, para poder tener una suerte de participación y ejercer su función arbitral en cualquier junta arbitral de consumo a nivel nacional.

Un tercer punto importante de diferencia, y que creo que va a generar un incentivo positivo, está referido a la adhesión y a los límites de la adhesión.

Al adherirse, como ustedes saben, un proveedor acepta de forma previa, todos los arbitrajes que puedan presentarse y también adquiere los beneficios que la adhesión le da, de acuerdo al reglamento, como puede ser el uso del logotipo; en sus productos, en sus establecimientos, etc.

Sin embargo, una de las cosas que, de alguna manera, no gustaba mucho a los proveedores y por eso eran pocos los proveedores que se adherían, era que cualquier asunto referido, prácticamente, cualquier asunto referido a sus relaciones de consumo, si es que él se adhería, podía ser materia de algún arbitraje de consumo.

Lo que ha hecho el reglamento ahora es que los proveedores puedan a la hora de adherirse, establecer de modo o de manera específica, qué temas van a ser materia del arbitraje o sobre qué productos y/o servicios que ellos brindan, van a ser pasibles de arbitraje.

Asimismo, el propio reglamento limita, en materia de indemnización, la arbitrabilidad en lo que resulta solamente al daño emergente y al lucro cesante, mas no a otro tipo de daños, y además le establece un tope.

Por tanto, si yo soy un proveedor que me quiero adherir, pero quiero que esa adhesión, sea circunscrita o limitada, podría decir que solamente me voy a adherir con relación a ciertos productos, en relación a ciertas materias, y que en cuestión indemnizatoria esto también va a tener un tope.

De alguna manera, por eso decía al inicio, se genera un incentivo para que el proveedor, en función a las variables, comerciales, económicas que él maneje, puede decir hasta dónde va a llegar su nivel de involucramiento con el sistema de arbitraje de consumo vía su adhesión.

Cuarto tema, que también es fundamental, desde mi punto de vista, es el referido a la designación de árbitros.

Primero hay un cambio terminológico; antes se llamaba «órgano arbitral», ahora «tribunal arbitral», creo concordante con lo que es la ley de arbitraje.

El anterior reglamento lo que decía es que la elección de árbitro era una tarea de las JACs, de hecho, le daba esas funciones a través de filtros, que eran éstos suerte de estamentos, organizaciones empresariales, asociaciones de consumidores y el propio Estado, que iban presentando árbitros para que las JACs las vaya incorporando a sus listas cerradas dentro de cada junta arbitral de consumo.

El nuevo reglamento, un poco cambia esa perspectiva, y da, lo que es muy importante, la posibilidad a las partes de elegir a sus árbitros.

Eventualmente, que cada una elija un árbitro cuando estemos hablando de un tribunal colegiado o, eventualmente, que ellas se pongan de acuerdo en elegir a un árbitro único cuando hablemos de un arbitraje unipersonal.

Esto es absolutamente concordante con el espíritu de la ley de arbitraje, donde lo que se pregona es la libertad de deliberación de las partes, incluso, más importante aún a la hora de designar o componer un tribunal arbitral.

Lo que sí me llama la atención, y es un tema que no lo llevo a entender, es que el reglamento actual que hace bien y hace muy bien en permitir que las partes designen a los árbitros; en eso consiste en gran medida la autonomía de voluntades que alumbró al arbitraje, pero sí hay algo que me llama la atención, que es cuando dice: «oye, cuando estemos hablando de un tribunal arbitral, el consumidor podrá elegir un árbitro, de aquellos que fueron presentados como las organizaciones de consumidores, en tanto, el

proveedor va a elegir un árbitro de aquéllos que fueron presentados por las organizaciones empresariales.

Y si es un árbitro único se tendría que elegir un árbitro entre aquellos que fueron propuestos por entidades públicas.

Entonces, esto realmente no tiene mucha lógica arbitral, porque, finalmente, un árbitro, sea de consumo, sea comercial, sea de inversión o sea de contratación pública, no representa a la parte que lo postuló para formar parte de la nómina de árbitros, como es el caso del arbitraje de consumo. Mucho menos va a representar o va a tener algún tipo de adhesión con la organización empresarial o de consumidor, que lo presentó ante la junta arbitral de consumo para formar parte de esa lista o del registro único.

Por tanto, este extremo del reglamento que solamente le dice: «oye consumidor, tú solamente puedes elegir árbitros que fueron presentados por una organización de consumidores... una asociación de consumidores. Y tú proveedor solamente puedes elegir árbitros que fueron presentados o nominados por organizaciones empresariales».

De alguna manera, esto le quita un poco de peso a la neutralidad, independencia e imparcialidad que tiene el árbitro, en función a que éste, de acuerdo a la ley de arbitraje, no representa intereses de nadie.

Es más, no podría representar intereses de la organización empresarial o de consumidores que lo postuló porque, de hecho, con eso restaría absolutamente su imparcialidad e independencia.

Entonces, esta parte del reglamento sí la pongo, llamo la atención. De repente, podemos más adelante preguntar o hacer una suerte de debate; la pongo en el tapete porque sí me llama poderosamente la atención, independientemente de que sí rescato que está muy bien y es positivo dar la opción a las partes de elegir a quienes van a formar parte de su tribunal arbitral.

Sobre la arbitrabilidad, quinta diferencia.

Se establece qué materias no serán arbitrables, un poco, dentro de la lógica también de que sobre esto quiero arbitrar y sobre esto no. El caso de los intereses difusos o colectivos está ahí comprometido, de hecho, claramente se dice que éstos que no van a ser materia de arbitraje, lo cual es discutible, ¿no?, porque hay casos, no acá, pero en el extranjero, los famosos *class action*, que han sido materia de arbitraje. No solamente fueron vistos

por el Poder Judicial, sino por procesos arbitrales. Y hay jurisprudencia arbitral, si valga el término, sobre eso.

Y también señala que no van a ser arbitrable aquellos otros sometidos al fuero judicial o administrativo previamente, lo cual es natural porque no puede haber un conflicto de competencias, ¿no? Nadie se puede abocar a lo que otro órgano está conociendo.

Anteriormente, el reglamento anterior únicamente mencionaba de manera general e imprecisa que el arbitraje alcanzaba a las relaciones jurídicas de consumo conforme a lo establecido en el código. Eso, justamente, ahora se repara, se subsana diciendo: «oye, sí podemos limitar y estamos limitando la arbitrabilidad, por ejemplo, a temas de intereses difusos, como decía hace un rato, los que no son arbitrales, a asuntos referidos a daños morales o daño a la persona que tampoco son arbitrables.

Más allá de que la decisión de arbitrar o no ciertos asuntos pueda ser discutible. Para mí el *class action* es arbitrable totalmente, es un punto de vista personal, y el daño a la persona o el daño moral también podría ser arbitrado, pero más allá de que eso pueda generar discusión o polémica.

Lo que sí me parece bien es que, de alguna manera, tome esta norma un camino respecto a lo que quiere que sea arbitrable y lo que quiere que no lo sea, y no lo deje en una nebulosa, como era con el reglamento anterior.

Sobre abstención y recusación de árbitros, sexto punto que creo que es importante tratar, y que es diferente con relación al reglamento anterior.

Primero se modifican las causales de abstención, eliminando la condición de que el árbitro tenga o haya tenido una relación de consumo con cualquiera de las partes.

Porque, claro, como antes esto podía generar abstención, había casos, sobre todo, de... pensemos empresas de servicios públicos, donde tú vas a tener como árbitro, generalmente, una relación de consumo con tal o cual proveedor.

Y si te llega un caso respecto de esa empresa, pues, seguramente no podrías haber arbitrado por un tema de abstención; un tema de conflicto de interés entre comillas.

Acá eso ya no es un conflicto de interés, lo que sí se establece algunas causales exactas de abstención como, por ejemplo, relaciones de parentesco, por ejemplo, relaciones de asesoría, etc.

Estableces un límite también para interponer la recusación; y esto es importante, señalando que solamente tú puedes recusar un árbitro hasta el momento de la comunicación de que está expedito el expediente para resolver. Es un poco muy siguiendo la línea del artículo 99 de la Ley de Arbitraje, cuando dice: «Oye, cuando ya se fija el plazo para laudo, tú no puedes recusar al árbitro». Y esto se hace por un tema de seguridad, justamente, de que se vaya a bloquear la emisión del laudo arbitral a través de este artilugio.

Estas precisiones, repito, ofrecen seguridad a la función arbitral.

Sobre la tramitación del proceso, el punto siete de diferencias entre uno y otro reglamento. Acá, más que diferencias, acá hay novedades. Aparece la acumulación, más conocida como consolidación en el argot arbitral, por la cual se incorpora este artículo permitiendo que, en algunos casos, y siempre bajo la evaluación del tribunal arbitral, se pueda acumular o consolidar procesos arbitrales entre las mismas partes y sobre la relación jurídica que corresponda.

Hay un tema importante... acá no sé por qué no salió el signo de interrogación en el segundo tema... en el segundo ítem. Si las partes tienen un arbitraje en una JAC de la ciudad equis, dicho proceso puede ser acumulado con otro tramitado por la JAC de la ciudad de... signo de interrogación.

Aparentemente, estamos hablando de las mismas partes y de la misma materia, y salen otras pretensiones. Aparentemente podríamos decir que sí, pero la norma, el reglamento actual que regula este tema te dice que no. Te dice que para que opere la acumulación, tienen que ser procesos que se llevan ante la misma junta arbitral de consumo. Lo cual lo entendería si hubiese competencias territoriales. Pero, si ahora estamos postulando, y me parece muy bien que se postule, e Yvette nos lo decía, a un arbitraje, yo creo, y esto es el futuro inmediato, absolutamente electrónico, un arbitraje donde no tengamos que vernos o, de repente, vernos pero a través de una videoconferencia, y donde, de repente, ni siquiera sea necesaria la audiencia única, y donde, de repente, a través de sistemas telemáticos totales, podamos emitir un laudo arbitral.

Esto de pedirle que para que proceda la acumulación, los procesos tienen que ser o tienen que ser tramitados en la misma junta arbitral de

consumo de la ciudad «X», me parece un poco contrasentido con la idea de informatizar el arbitraje.

Creo que es algo que está pensado para un tipo de proceso donde había competencias territoriales, donde había acercamiento presencial con expedientes físicos, y toda esta maquinaria que ya en estos días también termina siendo anacrónica.

El anterior reglamento no contaba con esta disposición, igual como lo decía en el tema de la selección de árbitros, ¿no?, por más que pueda tener algunos reparos, pienso que esto es un paso adelante; y, posteriormente, seguramente se va a dar un siguiente paso.

Para ir terminando porque creo que me faltan... estoy bien. Buenísimo.

Punto ocho, actuaciones y suspensión, artículo 42 de este decreto nuevo, de este reglamento nuevo. «Se incorpora acerca de las actuaciones arbitrales y cuestiones importantes»; por ejemplo, la suspensión del proceso que antes no había.

De hecho, es bien importante el tema de suspensión porque como esto es un *fastrack*, es un arbitraje de cuarenta y cinco días desde que se admite a trámite la petición arbitral, tú tienes que tener mucho cuidado.

Generalmente, estos casos no van a dar lugar a una *profusidad* probatoria, pero por ahí te toca algún caso en donde hay una prueba compleja y tienes que actuarla, entonces, tú puedes suspender el proceso para actuar esa prueba.

Ésta es una suerte de herramienta de ayuda a los tribunales arbitrales, allí cuando vean que en cuarenta y cinco días no van a terminar o no van a emitir el laudo.

Además, también podría haber el caso de que dentro de los cuarenta y cinco días un árbitro sea recusado o sea removido y tenga que haber una sustitución del árbitro. Y eso genera una demora, además de un abocamiento del árbitro sustituto, y eso genera una demora, pues esto también te permitiría, en ese caso, plasmar o decretar una suspensión del proceso para generar esos tiempos de abocamiento de un árbitro sustituto.

Entonces, como digo, acá hay unos temas de actuación arbitral y suspensión que es bien interesante mencionar.

Punto nueve y voy acabando. Reducción del plazo para emitir el laudo.

Esto es fenomenal. ¿Por qué? Porque te dice que vamos a reducir el plazo para emitir laudo de noventa a cuarenta y cinco días.

Yo podría decir: «Oye, muy bien». Pero, a veces, allí hay que tener cuidado, poner plazos en las leyes es peligroso. Por eso creo, como dije hace un minuto, que el tema de la suspensión, eventualmente, puede ayudar cuando hay una sustitución de árbitros o cuando haya una prueba medio compleja que actuar.

Sí te dice con claridad, y aquí hay que tener cuidado todos los tribunales arbitrales de consumo, tu día cuarenta y cinco va a terminar contándose desde la admisión de la demanda para que el tribunal emita el laudo.

Ojo, ello va a implicar una dinámica o un proceso arbitral mucho más dinámico exento de rigideces procesales, evidentemente, y con tribunales arbitrales que, como se dice coloquialmente, se pongan las pilas desde el momento en que reciben y admiten la demanda arbitral.

Lo que sí me llama la atención, y es una crítica constructiva es, me parece un poco como se dice en el refrán, «carrera de caballos, parada de burros». ¿Por qué? Porque si ustedes revisan el capítulo 3 referido al laudo arbitral, hay dos problemas de plazos... hay tres problemas de plazos que no los entiendo.

Primer problema dice: «el laudo arbitral debe ser notificado a las partes en un plazo máximo de diez días hábiles». «Oye, si tienes cuarenta y cinco días para hacer todo el proceso, a título de qué te vas a tomar diez días para notificar». O sea, un acto tan sencillo como la notificación debería hacerse en dos días o tres días ya. Entonces, medio raro.

Segundo plazo raro. Te dice: «tienes quince días para interponer algún remedio contra el laudo». O sea, las famosas interpretaciones, rectificaciones, aclaraciones, etc.

Ya. Si tienes cuarenta y cinco días para llevar a cabo todo el proceso y laudar, ¿a título de qué un tercio del tiempo, quince días hábiles, se va a tomar uno para interponer una rectificación?

No tiene sentido. A lo mucho, tres o cinco días. En la misma lógica del *fastrack* que es este proceso arbitral de consumo.

Y, finalmente, el árbitro tiene diez días para resolver respecto de este pedido de rectificación o lo que fuera.

Nuevamente, si tienes cuarenta y cinco días para tramitar todo el proceso y emitir el laudo incluido, por qué te están dando tanto tiempo: diez

días hábiles para resolver lo que en puridad debería ser muy sencillo resolver.

Entonces, ahí como que se distorsiona un poquito el ánimo ágil y celerere del proceso arbitral de consumo.

Y, finalmente, respecto al contenido del laudo, creo que el contenido debería haber sido, solamente que el laudo debe ser motivado. Porque llevar a cabo en el contenido del laudo o poner cuestiones como valoración de prueba, fundamentos de hecho y derecho, etc., etc. Creo que es demasiado profuso para un laudo dentro de un proceso que debería ser mucho más sencillo.

De hecho, la ley de arbitraje te dice que el contenido del laudo es que sea motivado. Punto. Salvo que las partes digan que no sea motivado. Esto que debería ser mucho más sencillo, más ágil y simple, te da un contenido bastante profuso que creo que es un exceso.

En general, y con esto ya concluyo, lo prometo, importante destacar el esfuerzo de Indecopi en repotenciar el sistema de arbitraje de consumo como mecanismo de resolución de conflictos, los cambios apreciados o mencionados, creo que van a permitir que se reconozca este sistema o que se use este sistema con mucha mayor asiduidad. Es de alguna manera también un mecanismo similar que utilizamos en el arbitraje comercial del Decreto Legislativo n.º 1071, los setenta y cinco días pueden ser eficaces, pero hay estas observaciones de plazos que he mencionado que hay que tener en cuenta y con esta nueva organización del arbitraje de consumo sí considero que se va a agilizar y será más eficiente este proceso.

Finalmente, el reglamento tiene un par de meses, todavía es muy nuevo para medir su eficacia y su eficiencia, por tanto, seguramente, en los próximos meses o pocos años, podemos con las cuestiones prácticas que se vean a nivel de Indecopi otras JACs, poder determinar si en efecto este reglamento coadyuvó al uso mayor y eficaz del arbitraje de consumo.

Gracias.

Lou-Ann López Sánchez: Bueno, en esta segunda parte, vamos a tener unas explicaciones un poco más puntuales sobre temas de protección al consumidor y arbitraje de consumo. Para iniciar esta segunda parte, vamos a tener al doctor Moisés Rejanovinschi, quien nos va a dar una breve explicación sobre los límites de las indemnizaciones.

Moisés Rejanovinschi Talledo: OK, buenas noches, agradezco al Centro de Arbitraje de la Católica, a ustedes por venir; y también a la mesa, me siento familiarizado con cada uno de ustedes. Paolo no se acuerda de mí, pero fue mi profesor en concursal, miércoles 7 de la mañana, con el equipo de la junta arbitral al lado izquierdo, y con Alonso vimos el primer caso de arbitraje de consumo a nivel nacional.

Entonces, voy a comentar algunas experiencias y hacer algunas comparaciones, por ejemplo, de cuáles son las alternativas frente al arbitraje de consumo o, mejor dicho, si el arbitraje de consumo es una alternativa, la vía ordinaria, qué otras vías podrían existir para que, finalmente, se compare; comparen los proveedores; comparen los consumidores. ¿Cuál es el mecanismo, la herramienta procesal que les puede convenir a sus intereses?

Ahora, arrancamos del artículo, básicamente, 65. El artículo 65 de la Constitución señala que el Estado defiende los intereses de los consumidores, reconoce el derecho a la salud, a la información y ya el TC indicó que este artículo también se considera un derecho fundamental, en función de este artículo 3 que es el de la teoría de los derechos innominados.

A su vez, el TC, en alguna oportunidad señaló que hay otros derechos, además del artículo 65, que se consideran derechos fundamentales, como son, por ejemplo, el acceso al mercado o que, de alguna manera, el consumidor tenga la posibilidad de acceder a una variedad de productos o de servicios.

Esto también está ligado, particularmente, con otra área de derecho del libre mercado, que es como el de libre___ competencia, por ejemplo, las prácticas colusorias que son sancionadas en sentido directo o inmediato del objeto de libre de competencia lo que hace es sancionar un poco o proteger el sistema económico, que la oferta y la demanda se lleve a cabo sin ningún tipo de distorsión de manera indirecta se protege al consumidor, pues de alguna manera se va a limitar sus posibilidades de elegir un producto o un servicio porque existe una obligación de competir. Cuando un agente ingresa a un mercado está obligado a competir; lo contrario que es la práctica colusoria es competir cuesta.

Si no nos ponemos de acuerdo, puede ser en delimitación territorial, en precio, en calidad, entre otros.

A su vez, otro derecho fundamental reconocido por el TC es la protección de los intereses económicos, dentro de estos supuestos se dan, por

ejemplo, la discriminación que pueda existir en el consumo, el supuesto de las llamadas cláusulas abusivas y también los métodos agresivos de cobranza.

La reparación por daños, que está vinculada justamente en las indemnizaciones; o sea también se le reconoce como un derecho fundamental el que los consumidores también puedan contar o que sus daños sean reparados.

Ahora, esto no es nuevo; o sea, la reparación por daños ya se reconoce desde un poco o es el discurso de Kennedy o son las directrices de las Naciones Unidas. Y la defensa corporativa lo que implica es un poco fomentar la defensa de los consumidores mediante las llamadas «asociaciones». Un poco también esto se refleja de manera indirecta en el esquema de arbitraje de consumo que han comentado los otros panelistas en cuanto a la elección o el alimentar el registro de árbitros.

Existe un principio que es el de llamada de representatividad mediante el cual tenemos tres figuras o tres actores, el estado del consumidor y proveedor y cada uno de ellos propone una lista de árbitros. Los consumidores mediante las asociaciones, los proveedores mediante los gremios correspondientes y la junta arbitral mediante el Estado, pero de manera indirecta se vincula con el arbitraje de consumo, sería bueno que puedan ser debatidas las oportunidades de mejora que han señalado los demás panelistas.

Ahora, tenemos al primer actor, la vía judicial por excelencia. Por qué de alguna manera, cuáles son los argumentos mediante los cuales las controversias no sean resueltas en el Poder Judicial, por ejemplo, en caso de materia de protección al consumidor, en Brasil lo resuelven jueces. Acá tenemos un esquema distinto, será por motivos políticos o por motivos económicos o motivos de otra índole mediante el cual, justamente el arbitraje genera una alternativa a la vía judicial. Entonces, fíjense que tenemos en líneas generales, la vía ordinaria en el Poder Judicial y la alternativa que es el arbitraje.

Ahora, luego seguimos con Indecopi, la llamada vía administrativa. El Indecopi es aquella entidad que cuenta con competencia primaria para resolver conflictos o controversias entre consumidores y entre proveedores.

¿Cómo era al inicio? Cuando una persona interponía una acción legal, una denuncia en la vía administrativa, inicialmente la entidad administrativa sólo imponía una multa; una sanción. Supongamos un consumidor que

adquiere un producto o un servicio para satisfacerlo como destinatario final y el producto tiene un desperfecto, un polo que a la primera lavada se encoge, un vehículo que no funciona, ahora cómo serán también las reglas de juego en el ámbito de las redes sociales, es decir, puede existir una determinada cantidad de aspectos. Eso también puede generar algún tipo de daño que tendrá siempre que ser acreditado.

Entonces, al inicio de los tiempos en la vía administrativa, solamente se interponía la denuncia y la consecuencia era la sanción, pero el consumidor interponía la acción legal y alzaba la mano y no le daban ni un solo sol. Entonces, con el paso de los años o de los tiempos, si bien no existía un resarcimiento al consumidor, se implementaron las llamadas medidas correctivas. Que en las medidas correctivas, tenemos las reparadoras y las complementarias. Me voy a centrar más que nada en el caso de las medidas correctivas reparadoras.

Las medidas correctivas reparadoras son consecuencias directas patrimoniales e inmediatas al daño que puede sufrir algún tipo de consumidor.

Ahora, ¿qué es lo que indica y cuál es la vinculación con las indemnizaciones? Qué te dice dentro del artículo 115, que son las medidas correctivas, mediante las cuales, por ejemplo, una medida correctiva de carácter reparador; o sea, resarcir la consecuencia patrimonial directa e inmediata, puede ser o la reparación del producto o el cambio de uno nuevo o la devolución del dinero o de repente la ejecución de la prestación. Hay un catálogo establecido en el 115 del Código de Consumo, que es la base legal.

Un poco para desmarcarse la vía administrativa señala que, por ejemplo; o, mejor dicho, las medidas correctivas no son indemnizaciones. Sin embargo, tenemos el 115.7 que establece: «si es que te hubieran otorgado algo en la vía administrativa y luego el consumidor interpone una acción legal en la vía judicial, será una indemnización, prácticamente a cuenta, porque dice: «se descontará lo que el consumidor hubiera recibido y le hubieran otorgado en la vía administrativa».

En otras palabras, las medidas correctivas, pese a que digan que no son indemnizaciones, vendrían a ser una parte de la misma, un daño emergente o una indemnización a cuenta. Tal cual porque lo dice el mismo artículo 115.7. Entonces, tenemos: la vía ordinaria en materia de consumo va a ser la vía administrativa dentro de este esquema.

Y ahora tenemos una alternativa que es el arbitraje de consumo, tal como indica en el mismo Código de Consumo y también en otros lares, en otros países, el arbitraje en general es rápido y es gratis, no le cuesta un sol ni al consumidor ni al proveedor, pero justamente en eso radica el reto, porque el sistema está planteado en que las juntas arbitrales, como bien ha dicho Yvette, están establecidas en la administración, están pensadas o estaban pensadas inicialmente en gobiernos regionales y locales porque se pensaba que estas entidades, como están representadas por el Estado a nivel nacional, estas entidades podrían implementar este tipo de resolución de controversias.

Entonces, actualmente tenemos una junta piloto en la sede central Indecopi, también es sencillo y acá también, es voluntario como la característica, por lo general, que existe a cualquier tipo de arbitraje independientemente de si se discute o no que las contrataciones con el Estado son o no son hasta qué punto obligatorias, pero es voluntario, eso es lo que dice.

Y veamos la relación consumidor y proveedor un poco cuáles son las vías. Primero, que exista una cláusula arbitral, un convenio arbitral que puede estar en un documento diferente al contrato: la relación de consumo en la cual se establecerá que, tanto proveedor y consumidor, manifiestan la voluntad de ir ante una vía alternativa, porque la vía ordinaria, recordemos, es la entidad administrativa.

Características de la vía administrativa: sanción mediante amonestación o la multa correspondiente, indemnización limitada del consumidor, porque otorga medidas correctivas.

Ahora, siendo esto así, tenemos otra vía, que es la llamada adhesión, un poco lo que hemos estado hablando el día de hoy. O sea, el proveedor va a querer adherirse a este sistema de arbitraje de consumo, y una vez que el proveedor está adherido al mismo va a ser el consumidor quien va a activar este mecanismo.

Primero, entonces, cláusula arbitral, segunda, la adhesión y tercero, si es que no existe ni la primera; o sea, no hay un convenio arbitral; y lo segundo, si es que el proveedor no se encuentra adherido, el consumidor irá ante la junta arbitral y será el proveedor quien expresamente deberá manifestar su aceptación de resolver esta controversia, pero en el arbitraje de consumo. Entonces, nuevamente la vía administrativa y el arbitraje de consumo.

Ahora, éste es el signo representativo en el cual el proveedor puede utilizarlo cuando se encuentra adherido al arbitraje de consumo y acá llegamos a que también el proveedor puede de alguna manera limitar su adhesión, o sea también está el signo o símbolo distintivo que va a indicar «este local cuenta con una adhesión limitada».

¿Y en qué consiste la adhesión limitada? En tres sentidos. Primero, una adhesión o una limitación en el ámbito temporal porque, por lo menos, el proveedor que se adhiere al sistema tiene que estar un año; pero, posteriormente, de repente se puede retirar, pero mínimo un año. Lo segundo, va a estar vinculado a que el proveedor va a limitar su adhesión frente a productos y servicios determinados. Y lo tercero, el monto de indemnización, un poco lo que ha establecido este nuevo reglamento de consumo es que el proveedor puede limitar la indemnización o el monto indemnizatorio en lo correspondiente a los llamados daños patrimoniales: daño emergente o lucro cesante; el daño extrapatrimonial, moral o la categoría que ustedes requieran o simpaticen, se discutirá en otra vía, que será, eventualmente, la vía judicial, porque en la vía administrativa que esto señala no entra una indemnización.

Entonces, acá nos encontramos frente a un dilema y frente a una percepción: ¿qué es lo que va a hacer el proveedor para ser percibido, de alguna manera, que brinda mejores productos y servicios? Y eso también puede incluir, incluso, cómo resuelve sus controversias, pero sólo la controversia, pero parcialmente, o sea materia arbitrable de este monto a este monto, o sólo este producto o sólo por este espacio de tiempo, entonces eso qué tan atractivo también puede resultar para el consumidor. Será cuestión de que elijan, finalmente. Se dan las posibilidades de elegir.

Entonces, veamos qué es lo que también existe en el mercado. Por ejemplo, los *cyber days* organizados por la Cámara de Comercio. Esta plataforma lo que hace es fomentar las adquisiciones de productos y de servicios usando los medios virtuales que cada vez son más familiares.

Pero, ¿qué es lo que dice la Cámara de Comercio? Por si acaso, yo organizo esta plataforma, pero sólo me limito a la organización, y será cada proveedor que ofrece sus productos y sus servicios mediante esta campaña de los *cyber days*, quienes deberán de cumplir, por ejemplo, con lo que establece el Código de Consumo.

Entonces, la plataforma en sí no establece los ODR (*Online Dispute Resolutions*), sino que será cada proveedor el que, de repente, tendrá que implementar o no ese sistema.

¿Qué dicen las redes sociales?

Antes lo que se establecía era que las controversias frente a un consumidor, en general, si yo tenía una controversia con Facebook, por ejemplo, me cerraban mi cuenta porque creían que soy un acosador —que no soy un acosador— y tenía que litigar en Palo Alto, California. O sea, pagar mi pasaje e ir hasta allá. Que también podría estar una vinculación con una infracción al consumidor.

¿Qué es lo que ha cambiado ahora? Que se indica que en el caso del consumidor puede litigar en su propio foro. ¿Y cuáles son otras alternativas? Tenemos las llamadas defensorías o autorregulación. Una autorregulación va a ser más eficiente, mientras que, justamente, brinde mayores derechos o beneficios frente a la jurisdicción o las vías tradicionales.

Entonces, tenemos, por ejemplo, que la Defensoría del Asegurado, que es en temas de seguros, limita las indemnizaciones hasta un monto de cincuenta mil dólares.

De acuerdo a su data, hay un porcentaje que es entre el 25% que han sido a favor de los consumidores asegurados.

La Defensoría del Cliente Financiero dice: «No otorga indemnizaciones, sólo ve controversias hasta unos setenta mil soles. O sea, también se limita la posibilidad de solicitar algún tipo de indemnización. Sabemos de alternativas, pero hasta qué punto pueden ser tales.

El proveedor deberá evaluar y elegir qué es lo que existe en el mercado para que decida si es que limita o no limita o hasta qué punto puede limitar el monto indemnizatorio y también las otras variables: ¿será más atractivo o menos atractivo? Será un tema ya de mercado.

¿Qué imagen es más grande? ¿La de la izquierda, la del medio o la de la derecha? Pueden traer una regla o una wincha, no sé...

Bueno, son iguales. O sea, estos temas de resolución de controversias son, más que nada, temas de percepción. Va a depender de cada proveedor, si es que quiere limitar la indemnización teniendo en cuenta las consecuencias. Cuáles son sus competidores en el mercado que pueden resolver controversias en beneficio de los consumidores.

Ya estoy con el tiempo. Gracias.

Lou-Ann López Sánchez: Bueno, para finalizar la mesa, vamos a tener la exposición del doctor Alonso Morales, quien nos va a brindar algunos alcances y precisiones sobre las cláusulas abusivas y los límites de responsabilidad a los proveedores.

Alonso Morales: Muy buenas noches. Muchas gracias al Centro de la Universidad Católica, a la misma Universidad Católica. Es un gusto estar acá con todos ustedes, y compartir la mesa con tan entrañables colegas.

Me han dado un tema un poco complicado, en realidad, «Las cláusulas abusivas y el límite de la responsabilidad del proveedor en el arbitraje de consumo».

O sea, tengo, en buena cuenta, dos temas y el reto de ver cómo se vinculan de alguna manera en este escenario.

Empecemos, pues, a hablar un poco de las cláusulas abusivas y cómo es que éstas pueden presentarse en los convenios arbitrales, o cómo se vincula con el tema del convenio arbitral en sí. Porque, en buena cuenta, la problemática inicial entre una cláusula abusiva y el convenio arbitral, es si el convenio arbitral podría constituir en ese escenario una afectación al debido proceso, un derecho de acceso a la justicia.

En primer lugar, algunos conceptos previos.

Sobre definiciones de cláusulas abusivas, pues tenemos desde nuestra doctrina, nuestro Código Civil, nuestro Código de Consumo, hasta la Unión Europea tiene cosas que decirnos sobre las cláusulas abusivas. Pero, en general, todas coinciden en lo siguiente: cláusulas generales de contratación, contratos por adhesión, vale decir, cláusulas en estos escenarios de contratación masiva, una afectación a la buena fe, considerando una tremenda desproporción de prestaciones que perjudican al consumidor y que, de alguna manera, anulan o vacían de contenido derechos.

Cogiendo los elementos centrales de estas definiciones, entonces, las cláusulas abusivas están en contratos por adhesión, en cláusulas generales de contratación. Generalmente se dice «cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente».

Sin embargo, Indecopi, en el Código de Consumo, ha, inclusive, incluido a las aprobadas administrativamente. En consecuencia, es simplemente cláusulas abusivas en contratos por adhesión o en cláusulas generales de contratación contrarios a la buena fe, colocan al consumidor en dos situaciones de desventaja o, básicamente, que anulan sus derechos. Yo creo

que ése es el punto para identificar la cláusula abusiva: vacía de contenido un derecho.

Muy bien, en realidad, ejemplos hay varios. Generalmente, lo que nos da nuestro Código Civil son aquéllos en los cuales, en los contratos de prestaciones recíprocas, alguien se convierte en el dueño del contrato.

Y te dice: «Mira, tú no me puedes oponer una resolución por incumplimiento, no me puedes oponer una excepción de incumplimiento, una excepción de caducidad de término, aunque yo incumpla».

Conclusión: vacía de contenido la reciprocidad de un contrato de prestaciones recíprocas, que se basa, básicamente, en que yo no cumplo si tú no cumples.

Algunos ejemplos precisos que están fuera del Código Civil. Por ejemplo, empezando por el de más abajo. Si los bancos aplican penalidades, al pago anticipado o al prepago estás vaciando de contenido a mi derecho al prepago; en consecuencia, esa cláusula tiene que ser ineficaz.

O, por ejemplo, el famoso tema de los contratos *roundtrip*, de pasajeros cuando viajabas en las compañías de aviación, que, si tenías tu pasaje ida y vuelta, y no usabas la ida y llegabas, de alguna manera, a tu destino, pero querías usar el de vuelta, la compañía de aviación te decía: «no, porque éste es de ida y vuelta, como no usaste la ida, no tienes derecho al regreso en esta vía». «Oye, pero si llegué de alguna manera, yo iba a viajar...». Te decían que no.

La verdad es que yo he asesorado a unas compañías de aviación y les he pedido una explicación, y nunca entendía el tema. Y si las ideas no están claras, pues, en buena cuenta, realmente, llegaron a ser consideradas cláusulas abusivas de contratación después por ley posterior.

En el año 2008 hay un ejemplo bien interesante. Que podría ser cláusula abusiva o método comercial coercitivo. Tú querías pagar en Saga Falabella con tu tarjeta de crédito, y tú podías pagar al contado o podías decir, ponga su dedito en el POS y que sea por cuotas. Acá está mi Visa, mi American Express, mi Diners, la que quieras.

¿Qué te decía Falabella? Te decía:

—«No, sólo si es CMR puedes pagar en cuotas. Si no, al contado».

—«Oye, pero mi tarjeta de crédito, es mi relación con el banco, puedo pagar en cuotas».

—«Me rehúso a poner el dedito en pago a cuotas. Usted sólo puede pagar cuotas con CMR Falabella».

Eso es, obviamente, vaciar de contenido un derecho al que todavía ese proveedor no tiene acceso porque mi proveedor es el que me habla del financiamiento.

Hoy, claro, ese tema se ha lidiado tecnológicamente, porque por más que me lo quieran poner al contado, yo luego puedo usar mi aplicación; o llamar por teléfono y pedir el pago a cuotas. Entonces, en esa época eso era abusivo.

Otro tema, el típico problema, por ejemplo, que nos podría pasar en el Perú, que alguien diga:

—«Oye, vivo en Trujillo, pero mi reclamo...».

El reclamo lo haces en Lima o me demandas en Lima. Pero, acontece que no me estás dando... me estás desviando de mi jurisdicción.

Claro, problema más grande con problemas transfronterizos con relaciones de consumo transfronterizas, en la cual las aplicaciones te dicen: «Anda reclámame a Londres, anda reclámame a Amsterdam, a Madrid». Digamos, complicación en ese sentido. Pero, claro, ahí cómo te alcanzo es el tema.

Obviamente, lo que uno esperaría en esas plataformas tecnológicas es que haya un sistema de resolución de conflictos, mediante la plataforma tecnológica *online*. Es lo que uno esperaría.

Y uno no esperaría que me digan: «Sí tienes derecho a una solución en plataforma tecnológica», pero que sólo sirva para ilustrarme cómo voy a ir a reclamar a Londres o a Madrid. Eso sería súper abusivo.

Muy bien. Entendidos estos escenarios de cláusulas abusivas, viene la pregunta: «¿cómo esta situación que vacía de contenido un derecho se relaciona, entonces, con el convenio arbitral?».

Claro, y he ahí el problema. Si el convenio arbitral puede ser considerado una cláusula abusiva, y, particularmente, en los contratos de consumo.

Y aquí vale la pena tener presente estos dos escenarios en los cuales se presentan los convenios arbitrales.

Ex ante de que surja la controversia, *ex ante* es, generalmente, cuando celebras el contrato, y *ex post* es celebras el contrato y surge la controversia.

El convenio arbitral lo puedes tener en ese momento, antes de que surja la controversia o ya surgió la controversia y celebras un convenio arbitral o te adhieres a un convenio arbitral *ex ante - ex post*.

En general, en el derecho comparado siempre la cláusula arbitral impuesta en un contrato por adhesión o cláusula general de contratación *ex ante*, era considerada cláusula abusiva. Aunque, en realidad, eso debería haberse evaluado porque podía suceder que la cláusula arbitral no sea abusiva, dependiendo de la magnitud de lo que voy a reclamar. Sí, una cosa es un problema con mi casa, y otra cosa es un problema, pues, que tenga que reclamar por una plancha, una secadora o un artefacto eléctrico de menor cuantía.

Vale decir, naturalmente, si había un problema de menor cuantía, se consideraba que la cláusula arbitral era abusiva porque era más costoso; me hacía más costoso el acceso a la justicia.

Ex post no había problema porque si había surgido la controversia, naturalmente, el consumidor era libre de decir: «por los costos me conviene el proceso arbitral, o por los costos me conviene ir a la vía judicial u otra vía alternativa».

Quizá por eso, porque, precisamente, el convenio arbitral podría ser considerado una cláusula abusiva cuando era consignado *ex ante*, es que la versión original del Código Civil de 1984 traía una colita. Y, ¿qué decía el Código Civil de 1984 en su parte general, en el artículo 1398? Tenía una colita que fue suprimida después.

Decía, en otras palabras, «son cláusulas abusivas —no son válidas— aquéllas que crean cláusulas compromisorias y sometimientos a arbitraje *ex ante*». Sí.

¿Qué pasó? Esto que pasó en 1984 duró normativamente hasta el año 1993. Es cierto que antes salió una ley de arbitraje, pero se olvidó de derogar este artículo. Y en el 1993, el Código Procesal Civil dice: «Señores, hay que liberar al arbitraje de establecer o pretender que en todo contrato por adhesión o cláusulas generales de contratación, digamos, en la fórmula *ex ante*, definitivamente, es una cláusula abusiva».

Y, en realidad, estaba bien porque el Código Civil se ha convertido en un código de derecho privado, que regula relaciones con consumidores y también con empresarios. Entonces, no tenía por qué asumirse que una cláusula general de contratación en los contratos por adhesión celebrados

entre empresarios, podría tener algún problema de indefensión que podría tenerse en una relación de consumo por razón de cuantía.

Estaba bien. El único problema es que entre el 1993 y el 2016, al no estar establecido que la cláusula arbitral *ex ante* era una cláusula abusiva, podría suscitarse ese escenario.

Bien, caramba... bueno, estaba empezando a hablar. Pero, bueno, no importa.

Entonces, podría suscitarse ese escenario. Y, obsérvese que entre 1993 y 2016 hubo ese vacío, pero ¿qué sucedió, en realidad?

No hubo mayor problema porque en esa época ya operaba la entidad administrativa de Indecopi. Entonces, el consumidor, ante un problema de menor cuantía, no se iba al Poder Judicial ni a usar el arbitraje; se iba a Indecopi, ante la Comisión de Protección al Consumidor, ¿sí?, y pedía, en todo caso, su medida reparatoria que era, más o menos, equivalente a un daño emergente. Ya está. No hay perjuicio.

¿Qué importancia tuvo que el arbitraje tuviese una cláusula abusiva si, finalmente, no iba a usar esa vía? Tenía una vía alternativa mejor por menor cuantía.

El 2016 inicia, en realidad, el arbitraje de consumo y tenemos el nuevo Reglamento de Arbitraje de Consumo. Ya estamos, entonces, en un escenario mejor porque el arbitraje de consumo, actualmente, justamente soluciona la problemática de costo, de gratuidad, de sencillez que permitía, entonces, que haya cláusulas *ex ante* con el arbitraje de consumo establecido sin ningún problema porque ya el costo no es un problema de acceso a la justicia.

En consecuencia, pues, en ambos escenarios, para el convenio arbitral, el arbitraje de consumo es posible *ex ante* y *ex post*, como les decía.

Muy bien, acá viene la siguiente pregunta. Entonces, ahora yendo al contexto de la regulación actual. Esta adhesión limitada de decir: «Yo voy a indemnizar sólo hasta un tope en la reparación». ¿Puede ser considerada una cláusula abusiva?

Más aún. Si, por ejemplo, recordando el artículo 50 del Código de Consumo, dice, justamente: «Son cláusulas abusivas de contratación aquéllas que excluyen o limitan la responsabilidad».

En realidad, la respuesta, básicamente, es no. Y por una sencilla razón: el sistema de adhesión al arbitraje de consumo, esta oferta pública que que-

da colgada en un registro y esperando que la acepten, básicamente, pone al consumidor en una posición estratégica.

Acontece que se me perturbó el contrato; se inejecutó; surgió el defecto, la falta de idoneidad; y, entonces, yo evalúo, pues, si la posible indemnización que me ofrecen es suficientemente satisfactoria, y digo, «sí voy porque dentro de ese margen está el daño que me han causado, así que acepto el convenio arbitral; acepto esa oferta que está en el tiempo colgada del registro de arbitraje de consumo». No pasa nada; no hay ningún problema; no hay cláusula abusiva en ese escenario.

Quizá el problema podría presentarse en ¿qué sucede si con mucha creatividad un proveedor coloca una cláusula *ex ante*, e introduce ahí una limitación *ex ante* y dice: «Bueno, yo sólo voy a arbitraje», cláusula general de contratación, contrato por adhesión con esta responsabilidad limitada, y solamente en este escenario voy a arbitraje.

Entonces, ahí surge un problema porque es una cláusula *ex ante*. O sea, aquí ya el problema no es que la cláusula arbitral sea una limitación a la justicia porque ya se superó ese problema; el proceso arbitral: arbitraje de consumo es muy barato. Pero, le están colgando la responsabilidad limitada; yo quiero responder desde ya te adelanto no más de tanto.

Ahí el problema va a ser... éste es un típico caso que se iría a evaluación caso por caso, también. Porque puede suceder que yo sea un consumidor afectado y ese monto que has ofrecido, me satisface. No, no voy a cuestionar la cláusula arbitral, pero el problema se va a presentar si estoy atado; capturado ya en una cláusula abusiva en un contrato por adhesión por adelantado, y mi daño resulta mayor.

Entonces, ahí sí yo no he tenido oportunidad de escoger. Hay un daño mayor y no voy a encontrar satisfacción en el Poder Judicial porque, justamente, el laudo arbitral puede excluir la posibilidad de que vaya a un proceso arbitral. Y lo mismo, tampoco voy a poder ir a la Oficina de Protección al Consumidor.

Entonces, cómo arreglar este problema porque creo que ahí sí hay un escenario de cláusula abusiva.

¿Cómo viabilizo mi derecho? Acudo a la vía jurisdiccional ordinaria debido a que es una cláusula patológica, digo hay una cláusula patológica porque el árbitro, pues, se va a tener que... ¿tiene competencia sólo para esa limitación?

Acudo al Indecopi para que se declare nula esta cláusula; voy ante el Indecopi a la Comisión de Protección al Consumidor, y le digo... «declara ineficaz... aplícame el artículo éste del Código de Consumo, y declara ineficaz porque es cláusula abusiva, y después me voy al proceso arbitral».

Le pido a la Secretaría Arbitral de Consumo que ella se pronuncie de oficio y diga que esa solicitud de arbitraje tiene una cláusula ineficaz.

Creo que no es posible porque no es juez; no es árbitro, que haría, dependiendo de cómo está redactada la cláusula, la posibilidad de que el árbitro ante una solicitud de parte, declare ineficaz la limitación por el escenario en que se ha producido, tú conocías las reglas de juego, tú sabías que eso podría ser una cláusula abusiva y me voy a pronunciar sin limitación.

Creo que ésa podría ser la solución en este escenario, y cumplí, entonces, con mi minuto.

Muchas gracias.

Lou-Ann López Sánchez: Bueno, a modo de conclusión, que sólo acaba de mencionar que el Decreto Supremo n.º 103-2019 refleja un esfuerzo del Indecopi y de la junta arbitral por ofrecer al mercado este nuevo mecanismo y proponer también una vía de solución que no sólo se centre en sancionar un proveedor, sino, por el contrario, en beneficio de las partes, proveerles de un proceso rápido y eficaz.

Muchas gracias a todos.

MESA 6: ARBITRAJE COMERCIAL Y DE INVERSIÓN

José Daniel Amado Vargas (moderador)

Diana Correa (Colombia)

Ofilio Mayorga (Francia)

Benito Zelaya (Honduras)

Edson López (Guatemala)

José Daniel Amado: Muchísimas gracias. Y gracias, especialmente, por quedarse en este último panel que, por cierto, promete ser muy interesante por los temas que van a tratarse y por el excelente grupo de profesionales que nos acompañan.

Quiero comentarles que vamos a tener a dos de ellos a través de videoconferencia.

Para efectos de facilitar la presentación del panel quiero referirme a cada uno de los miembros que conforman este grupo antes de proceder a las intervenciones que harán.

Me gustaría decir un poquito, adelantando... entrando en materia, mejor dicho, que el tema, digamos, de tratar de arbitraje comercial e internacional de arbitraje de inversión, nos da la oportunidad de contar con profesionales que trabajan en estos temas en diversos lugares del mundo. Ya entraremos a referirnos a cada uno de ellos, pero han tenido todos, la oportunidad, y tienen todos, la oportunidad de tener esa exposición internacional que ahora facilita muchísimo ingresar a esta materia.

La idea de tratar de arbitraje comercial y arbitraje de inversión al mismo tiempo, permite a quienes hoy día nos acompañan, tocar temas que tienen, en alguna medida, son tratados, usualmente, de manera separada porque el arbitraje de inversión, como se sabe, es el arbitraje entre inversionistas y Estados, tiene un componente de derecho internacional, usualmente, como todos sabemos, a través de la Convención de Washington, el Ciadi, es quizá el referente mayor hoy en día en el tema, pero también está

el arbitraje de inversión en otros centros arbitrales, y muchos de ellos han sido, de alguna manera, lugares donde nuestro selecto panel ha participado en casos muy importantes.

Nos acompañan en el panel la doctora Diana Correa. Diana es una gran experta en estos temas de derecho internacional y de arbitraje, en general, tiene un doctorado por la Universidad de París; ha trabajado en firmas muy importantes, tanto en París como en otras jurisdicciones y, en particular, en Colombia, donde ella reside, y donde es, además, miembro de la firma que ella misma ha fundado, de Diana Correa International, es profesora de la Universidad Externado de Colombia. Tenemos... Ella hablará en primer lugar. En segundo lugar, hablará desde... no sé si estará en Honduras o no, pero en su base, Benito Zelaya, que es el socio director de la firma Lexincorp Central American Law Firm para Honduras y él también hablará por videoconferencia y tiene una práctica muy interesante, no solamente porque dirige una de estas firmas centroamericanas de tanta importancia en estos últimos años, pero lo hace, además, teniendo un marcado énfasis en su trabajo de litigios y arbitraje; y ha tenido casos en diversos foros internacionales.

Lo que puedo decir... también me gustaría decir que tiene un postgrado en la Universidad de Salamanca y otro en la Universidad San Carlos de Guatemala, de donde es graduado también.

Luego estará también, en tercer lugar, acompañándonos acá con nosotros en la sala, Ofilio Mayorga. Ofilio es de nacionalidad nicaragüense y es miembro de la firma Foley & Hoag; una firma internacional de Washington D.C., es además una firma que asesora al Estado peruano; varios de los casos que el Perú ha tenido, y él en lo personal ha tenido la suerte de participar en casos de la Corte Internacional de Justicia de La Haya como en el Ciadi y otras entidades muy importantes. Su maestría... tiene dos maestrías; una en Universidad de Michigan y la otra en la Universidad Tufts, en la Escuela de Derecho y Diplomacia.

Luego, nos acompaña también aquí en la mesa Edson López. Edson es un socio de Integrum y que tiene además de una amplia experiencia en arbitraje, tanto *ad-hoc*, como bajo reglas de la Cámara de Comercio Internacional, Uncitral, entre otros. Ha tenido también la oportunidad de trabajar en arbitraje de inversión y tiene otras interesantes experiencias en el tema

de la difusión de la educación, de hecho, es el director del grupo latinoamericano Asesores por la Educación, entre otras importantes credenciales.

Y tenemos en quinto lugar hoy día también la suerte de contar para efectos de este congreso, por segunda vez, con Segumundo Navarro. Él es español; es un gran amigo, además, del Perú, mío en lo personal, también, por supuesto, y es socio de Inarp (**Segumundo Navarro:** «recordarlo para la recusación»)... y secretario general del Club Español del Arbitraje, que es una de las asociaciones arbitrales con mayor difusión, que tiene treinta y un capítulos.

Hoy en día, hasta hay capítulos nacionales, lo cual es, francamente, digno de mencionarse, y habla mucho del liderazgo de España en temas arbitrales.

Segumundo Navarro: De España no, del arbitraje en español...

José Daniel Amado: Del arbitraje en español, efectivamente; y, además, Segumundo trabaja aparte, digamos, de la práctica privada, como decía yo, en Inarp y el trabajo que hace con el Club Español, es profesor... Ha sido profesor en diversas entidades, pero ahora, últimamente en la Universidad San Pablo, entre otras, efectivamente.

Entonces, ése es el panel que tenemos, realmente es, yo diría, de lujo por donde se le mire, y vamos a empezar a darle un tiempo a cada uno para que nos explique un tema en particular.

Comenzaremos con nuestros amigos que no están físicamente presentes, pero sí a través del video; y, en particular, con Diana Correa que tocará el tema de «la prueba en arbitraje internacional de inversiones. Tendencia y problemáticas recientes».

Diana, no sé si estamos bien conectados...

Diana Correa: Buenas noches a todo el mundo. ¿Me escuchan?

José Daniel Amado: Perfectamente.

Diana Correa: Perfecto. Mi agradecimiento al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Muchísimas gracias por esta presentación y, sobre todo, por permitirme por esta vía, aprovechando que la tecnología existe; pero, bueno, tuve un asunto de salud que me impidió viajar, y creo, por lo que he visto, hay como unas escaleritas, que seguramente nunca habría podido subir con mi caminadora. Entonces, así hubiera podido subir al avión, tampoco lo habría logrado dentro de la sala.

Pero, bueno, la buena cosa es que me llevo en la conciencia que no contaminé más el planeta viajando; y, entonces, por una vez, algo positivo tiene esto.

Voy a, entonces, hablar del tema de la prueba en el arbitraje internacional de inversiones y, básicamente, me voy a enfocar sobre el tema de algunas tendencias, algunas problemáticas recientes que han venido ocurriendo, particularmente, con el tema de la admisibilidad de la prueba. Es decir, cuándo una prueba en un arbitraje de inversión es admitida por el tribunal arbitral.

Esto lo voy a desarrollar a través de una tendencia muy de derecho internacional público y de derecho internacional de inversiones, y a través de dos principios, o más bien, a través de dos partes importantes, donde la primera serán los principios o el principio, más que todo, general de la admisibilidad de la prueba, para, al menos, en gran parte como abogados que somos, entrar a ver cuáles son las excepciones a ese principio y cuándo las pruebas no serían admisibles.

Comencemos, entonces, por el primer punto.

El principio rector y los principios que colaboran con este principio rector.

El principio rector en materia probatoria, es el principio de la libertad de la prueba; hay una libertad en materia probatoria en el arbitraje internacional y, de hecho, en derecho internacional general. Y esto se aplica todo; se aplica a la admisión de la prueba que es el tema sobre el cual me voy a centrar esta noche; aplica a los medios probatorios que se quieran utilizar.

Yo sé que, por ejemplo, aún en ciertas jurisdicciones los *whatsapp* y todo este tipo de tecnologías son admitidas o no, digamos, en derecho internacional hay mucha más flexibilidad, y a la valoración y a la apreciación de la prueba por parte del tribunal internacional.

Esto, además, en derecho internacional: la valoración de la prueba, la admisibilidad de la prueba; todos estos requisitos son tenidos de una manera muy independiente a las jurisdicciones internas; es decir, que normalmente se dice que todos los requisitos de la admisibilidad de la prueba son diferentes a los requisitos que una jurisdicción específica como la de Perú, la de Colombia, la de España; la de Honduras, etc., puedan tener para recibir o admitir una prueba.

Claramente, como ustedes sabrán, en arbitraje internacional, si las partes han escogido algún derecho interno aplicable, pues, en ese momento, sobre todo, en materia probatoria o en materia de procedimiento, ese derecho interno deberá ser aplicado. Pero, en principio, existe una separación de regímenes.

Para ello, pues, a los que les interesa el tema, pueden ver el caso *Concesiones Mavrommatis* en Palestina donde se dijo, precisamente, «la Corte Internacional de Justicia llegó a decir que la Corte ya no estaba atada a ningún régimen probatorio ni sobre la admisibilidad de la prueba de derecho interno».

Todos los cuerpos normativos, digamos que muy importantes en el mundo también evocan este principio de la libertad y de la admisibilidad de la prueba.

Para citarles solamente dos ejemplos. El artículo 27.4 del modelo de Reglamento de Arbitraje Cnudmi establece que «el tribunal arbitral deberá determinar la admisibilidad, relevancia, pertinencia y peso de las pruebas presentadas».

Entonces, ya ven ustedes que de entrada permite esa admisibilidad y le da esta libertad al tribunal.

La regla de arbitraje número 34.1 del Ciadi establece lo siguiente: «El tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba rendida y de su valor probatorio».

Entonces, de nuevo ven ustedes cómo esta libertad probatoria existe, y además, están presentadas de una manera indirecta, no lo dice de una manera muy directa, sino como excluyente, diciendo, haciendo creer, efectivamente, que una libertad sobre la admisibilidad de la prueba y recordando, simplemente, que si alguna parte desea excluir una prueba debe solicitarlo al tribunal por ciertas condiciones; o sea, es como la misma regla, pero presentada al revés.

¿Qué otros principios aparte de esta libertad de la admisión de la prueba? Otros principios, por ejemplo, el deber de cooperación entre las partes y el tribunal. Esto en derecho internacional es muy importante, porque el derecho internacional es un poco menos rígido que nuestros derechos internos, entonces, los jueces y los árbitros están más llamados a buscar la verdad; la verdad del caso, y para ello, sencillamente, pues entonces, se evoca este principio de cooperación en la consecución de la

verdad y de la colaboración para facilitar las pruebas, de hecho, ustedes estarán ya familiarizados muchos aquí con el famoso Reference Schedule y todas estas formas de solicitar pruebas de otra... que la otra parte pueda llegar a tener porque existe este deber de cooperación en facilitar las pruebas y en obtener la verdad del caso.

Un caso típico de esto es un caso muy, muy viejo ante la Corte Penal de Justicia Internacional que es la que había precedido la Corte Internacional de Justicia; el caso Óscar Chin, en el cual se dijo claramente, es una obligación de cooperar en el objetivo de buscar la verdad.

Entonces, ven ustedes cómo nuevamente todo esto facilita la admisión de la prueba también.

En el caso ya de inversión, *Conoco Phillips versus Venezuela*, se rechazaron unos *WikiLeaks* que el gobierno venezolano quería presentar para... en apoyo de sus argumentos; y, a pesar de esto, uno de los coárbitros, el abogado George Abi-Saab emitió una opinión disidente, diciendo que le parecía terrible que hubieran rechazado esta prueba porque, si bien es cierto, era *WikiLeaks*, era fundamental en la consecución de la justicia y de la verdad, y que esto era, sencillamente, haber rechazado esa prueba era una apología... como una obstrucción a la verdad y a la justicia.

Entonces, fíjense cómo un tribunal rechaza una prueba obtenida de *WikiLeaks*, pero, al mismo tiempo, un árbitro dice que hubiera preferido admitirla porque era una prueba fundamental para descubrir un poco la verdad del caso.

Otros principios que ayudan en esto en la admisibilidad de la prueba, es el del debido proceso y el derecho de defensa.

Recordarán ustedes que los arbitrajes son procedimientos en los cuales las partes están llamadas a probar sus alegaciones. El que pretende algo debe probarlo desde el principio *actor in cum di probatium*, nada diferente, no se trata de un proceso penal donde, pues, tiene muchas capacidades y mucha autoridad de oficio para conseguir pruebas. Las partes en un arbitraje las proveen; y, pues, claramente, bajo este entendido, esto también facilitaría que los árbitros admitan dichas pruebas.

Y, finalmente, hay un principio que lo quiero evocar acá que me permite hacer la transición con la segunda parte de esta exposición, y de paso voy a mirar mi tiempo, porque no sé qué tanto me quede; me quedan como unos seis minutos, si veo bien.

Entonces, es el principio de atribución. Ustedes recordarán el artículo cuarto de los artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado que, básicamente, recuerden el principio por el cual en un arbitraje de inversión, los Estados son llamados a responder por casi todo lo que implique una entidad pública, así sea descentralizada, territorial, pero desde que la responsabilidad del Estado pueda ser general como una entidad global pueda ser comprometida, es evidente que el Estado podrá ser llamado a responder por cualquier agencia o por cualquier otra entidad pública, inclusive, por seres comunes y corrientes que somos personas naturales, pero podemos llegar a comprometer al Estado con una función pública o cualquier cosa por encargo que tengamos. Es un artículo bastante amplio que permite hacer responsables a los Estados.

Entonces, se han construido dos teorías en torno a este artículo para la admisibilidad de la prueba. Una es la teoría del Estado unitario, por la cual dicen esos autores o esos practicantes de este arbitraje, han argumentado que, si el Estado está entendido como un todo para responder con base a este artículo cuarto de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hecho ilícito, pues, como una doble cara, como una moneda que tiene dos caras. También debe, por el otro lado, que se le permita tener una unidad de defensa, y una unidad de defensa es conseguir pruebas de cualquier manera.

Esto significa, básicamente, que el Estado podría llegar a conseguir o a traer pruebas, por ejemplo, de un proceso penal, de un proceso administrativo que tenga cosa de un inversionista en su propio Estado, o de cualquier otra entidad pública donde reposen pruebas en contra de ese inversionista hacia dichas entidades públicas, no tenga, realmente, mucho que ver con el arbitraje de inversión.

La tesis opuesta dice que esto no puede ser posible porque, sencilla y llanamente, quebrantaría el orden llamado derecho de defensa del inversionista; y, sobre todo, el llamado principio de igualdad de armas. Las partes deben, en consecuencia, según esta otra teoría, luchar en igualdad de armas, y claramente, a un Estado le quedaría muy fácil, dicen los precursores de esta teoría, iniciar, por ejemplo, una demanda penal, una denuncia penal-administrativa contra el inversionista que ha iniciado un proceso de inversión contra el Estado.

Entonces, fíjense que esto es, y es toda esta dificultad la que, básicamente, se presenta en el derecho internacional actual de inversiones, y estamos en esta problemática de qué pruebas son admisibles, hasta cuándo un Estado puede llevar pruebas a un proceso que ha conseguido de otras maneras es que estas pruebas son lícitas o estas pruebas no lo son a la luz del derecho internacional.

Así las cosas, entonces, voy a introducir la segunda parte que son los límites a este principio de libertad probatoria; de admisibilidad de la prueba. Y los límites son, básicamente, dos: un límite temporal y un límite moral; un poco sustancial. Es muy simple, es la oportunidad para presentar la prueba, y en qué momento yo como parte puedo presentar una prueba o en qué momento la puedo obtener. Fíjense que son dos cosas, ¿la puedo presentar al tribunal y la puedo introducir dentro del récord de procedimiento? Y hasta qué momento también la puedo obtener para luego presentarla. Son dos cosas distintas. Son la presentación de la prueba.

Básicamente, ustedes sabrán que en un arbitraje las partes, lo primero que hacen, es organizar el procedimiento; cuántos memoriales van a haber, cuántas rondas escritas, qué va a pasar en la audiencia, cuándo va a haber la producción de documentos, y todo esto enmarca también necesariamente, no solamente los memoriales y las actuaciones, sino los momentos probatorios. Y muchos reglamentos de arbitraje, entre ellos, el del Ciadi y el de la Corte Internacional de Justicia, todos tienen artículos que prevén hasta qué momentos se entienden que pueden ser presentadas las pruebas o no, claramente, llega un momento en que la etapa de instrucción se cierra y el tribunal está listo para empezar a elaborar su decisión o su laudo. Y a partir de ese momento se entiende, en reglas generales complicadas, porque acá las cosas e instituciones pueden tener reglas diferentes pero que, al menos, en el resumen tienen que, en el momento en que se cierra la instrucción, ya no se pueden presentar más pruebas. Algunas normas, por ejemplo, las reglas 26 y 34 de Ciadi, así lo prevén.

Luego, voy a hablarles muy rápidamente de dos casos; uno es el caso *EDF contra Rumania*, en el cual, escuchen bien, once días antes de iniciar la audiencia; o sea que normalmente, ya las etapas escritas se habían consumado y «aún no podía presentar más pruebas», la parte demandante, el inversionista presentó unas grabaciones, por medio de las cuales, unos funcionarios del Estado habían sido grabados solicitando dinero al inver-

sionista para la adjudicación de la concesión aeroportuaria. El tribunal decidió rechazar esta prueba, precisamente, por inoportuna en el tiempo, entre otras razones.

Luego, otro caso como el caso *Libananco contra Turquía*, se le prohibió al Estado por medio de una medida provisional que, durante la duración del procedimiento se abstuviera de tratar de conseguir nuevas pruebas contra el inversionista, particularmente, a través de interceptaciones de comunicaciones.

Entonces, fíjense ustedes que, si en la primera la prueba es extemporánea, en la segunda, la prueba ni siquiera se ha presentado, pero se le ha prohibido a una parte que continúe las gestiones para poder obtenerla.

Eso en cuanto a los límites temporales. Los límites morales; ¿qué quieren decir los límites morales o sustanciales? Básicamente, cuándo la prueba puede ser admitida sustancialmente; es decir, el primero de todos, que no sea una prueba que viole la confidencialidad. Esto es algo clásico en el derecho internacional y en el arbitraje comercial internacional, y en el arbitraje de inversiones, es digamos como que la regla más admitida universalmente, y en todas las jurisdicciones también, que no se viole la confidencialidad.

La confidencialidad entre quién, por ejemplo, que es de las más comunes que se viola entre los abogados externos y la defensa y la parte, que está siendo, que está presentando, que está involucrada en el arbitraje o entre los abogados *in house*, también, que hacen parte de esta estructura y la parte en sí. Entonces, todas esas comunicaciones y los correos electrónicos, es que se puede producir, normalmente, todos estos correos no se pueden producir porque violarían el principio de confidencialidad.

Sobre esto tenemos varios casos, como el caso *Akzo Nobel NV contra la Comisión Europea*; el caso Victor Baggio contra Canadá, y tenemos varios respecto a la confidencialidad.

Otro límite: la buena fe procesal para que las pruebas sean obtenidas de buena fe. Esto, por ejemplo, como en el caso *Methanex contra Estados Unidos*, en el cual se rechazaron las pruebas; no fueron admisibles... admitidas por el tribunal porque la parte demandante no justificó cómo las había conseguido; y, aparentemente, durante unos meses habría dejado acosar al gobierno para obtenerlas.

Sobre la confidencialidad de la prueba ya hablé.

Otro tercer punto muy importante es sobre la pertinencia de la prueba; es decir, que a veces, los árbitros; los jueces internacionales, se preguntan si la prueba puede ser obtenida de medios, de pronto, no muy cristianos, como decimos nosotros, muy católicos, pero porque es muy pertinente podría llegar a admitirse.

En ese sentido, en el que va el caso del que les hablé, en donde el abogado George Abi-Saab había hecho su opinión disidente en el caso *Conoco Phillips contra Venezuela*, que prefería... decía que la prueba era muy pertinente para encontrar la verdad.

Finalmente, otra excepción que hace... constituye una regla muy importante casi; una regla... una excepción que se vuelve regla, es el principio de igualdad de las armas del que ya les hablé desde un comienzo, impediría que, por ejemplo, una parte se valga de sus poderes, en este caso, por ejemplo, el Estado, para conseguir pruebas en otros procedimientos, y poderlas presentar al arbitraje de inversión.

Entonces, pues, nada, y con eso termino mi presentación de estas sutilidades sobre la admisión de la prueba en derecho internacional de inversiones.

Cualquier pregunta, quedo con... no sé si las harán al final del panel cuando todos hablemos, pero, de todas maneras, quedo aquí dispuesta a resolver.

Muchas gracias.

José Daniel Amado: Aplausos. Muchísimas gracias, Diana.

Muchísimas gracias. En el interés del tiempo quedo, entonces, ahora con la...

Diana Correa: ¿Se me escucha?

José Daniel Amado: ¿Nos escuchas tú? Diana.

Diana Correa: Sí, sí... que he terminado. No sé si...

José Daniel Amado: No, sí, muchas gracias. Muchísimas gracias. Has recibido un gran aplauso aquí.

Bueno, vamos entonces, ahora a pasar a la segunda exposición. Toca el turno de Benito Zelaya que, como dije antes, va a hablar por videoconferencia. No sé si Benito está en la... lo tenemos en pantalla... ¿sí?

Algo muy interesante es que, así como Diana tocó el tema de la prueba en el arbitraje internacional de inversiones, Benito va a tocar un tema

vinculado a la práctica de la prueba en arbitraje comercial internacional, un poco con esta dualidad que, de alguna manera, preside todo este panel.

De manera tal que... ¿tenemos a Benito ya? Está ya... ¿sí? Benito no sé si estás escuchándonos.

Benito Zelaya: Hola...

José Daniel Amado: Sí, Benito, es José Daniel Amado. Estamos...

Benito Zelaya: No escucho bien, pero según entiendo, me toca a mí.

José Daniel Amado: Por favor, sí. Adelante, adelante, por favor.

Benito Zelaya: Buenas noches, un gusto saludarlos a estas horas ya... agradecido porque nos están escuchando a estas horas ya de la noche de un jueves. Muy agradecido por la invitación a Silvia, Salomé y al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Un saludo para ti José Daniel y para todos los amigos; para Otilio, Edson, Segismundo y la audiencia, y algunos amigos que ya he conocido por ahí de esta parte. Diana, por supuesto, una gran amiga y siempre fan de tus exposiciones.

Bueno, comentando un poco en la misma línea lo que Diana ha expuesto, a mí me toca conversar un poco sobre la práctica de la prueba, pero desde el punto de vista del rol del árbitro en el arbitraje comercial para poder entender. No sé si ven mi presentación.

José Daniel Amado: Sí, está en pantalla.

Benito Zelaya: OK.

Bueno, como les decía mi tema es el rol del árbitro en la práctica de la prueba en el arbitraje comercial internacional. Voy a tratar de abordar esta agenda en tres puntos bases un poco rápido, ya que es un tema muy extenso y sé que no hay mucho tiempo, y uno de los principios en los que se basa este tema, pues, es la informalidad y la flexibilidad del arbitraje, lo que le permite al árbitro abordar para la presentación de la prueba, o que la parte la presente o que le delegue a la parte o que le delegue totalmente el reglamento al cual se somete, ya sea si es institucional o es *ad-hoc*, el objeto de la prueba y las características de **ésta y la facultad del tribunal arbitral de actuar. Esto es difícil. Esto dependerá, inclusive, también del reglamento de arbitraje o delegación de la prueba.**

Dicho esto, hay que entender dos ángulos: el rol del árbitro y la práctica la prueba tiene que ver también con la conducción eficaz del arbitraje y parte el comportamiento del rol del abogado dentro del proceso.

Esto viene íntimamente ligado, ya que, viendo el comportamiento de la parte o el abogado en el proceso. Verdad, el abogado representante en el proceso tendrá también una actividad o una conducción de parte del árbitro.

Bueno, el arbitraje internacional, en su fase probatoria se encuentra presidida por los principios de flexibilidad y la autonomía de la voluntad privada, como lo he mencionado, de forma que las partes y los árbitros disponen de la máxima libertad para determinar los diversos aspectos y reglas aplicables al material de la práctica de prueba.

Aquí en esta parte donde las partes y los árbitros disponen de la máxima libertad para determinar los diversos aspectos y reglas donde nos sometemos a los diferentes reglamentos, ¿no? Y aquí entra un tema muy importante que hemos tocado anteriormente, en relación a que las partes pueden escoger las reglas a las cuales se van a someter. Ya Diana nos habló, por ejemplo, de las reglas de la IBA. En 1999 se hacen las reglas de la IBA, aprobadas en junio de 1999 con el propósito de abrir una brecha entre los abogados y las partes, ¿no?, de diferentes convicciones y distintas tradiciones jurídicas.

¿Qué sucedía? Pues, aquí en virtud de los conflictos y las tradiciones entre el *common law* y el *civil law*, pues venía de un tema más inquisidor en el *civil law* contra el *common law*, que era un poco más cierto y viceversa.

¿Qué sucede con esto? Nos da la apertura que cada una de las partes escoja, por ejemplo, someterse al Reglamento Uncitral o al Reglamento de la CCI, inclusive, ya en la parte de la prueba que es la parte que estamos conversando a que pueda regular estos nuevos artículos que se dieron en el año 1999 y que fueron reformados en mayo del 2010.

Es importante establecer algunos de los elementos que estableció este Reglamento de la IBA, y considera, pues, que puedan ser mejorados con el que pueda proveer un proceso eficiente, económico y equitativo para la toma de pruebas en el arbitraje internacional y proveer mecanismos para presentación de documentos, peritos, testigos y el manejo de la audiencia de prueba.

Este reglamento prevé un enfoque más estricto en la ampliación de pruebas para promover la eficiencia de hacer costos.

Aquí me voy a detener un poco porque es importante esclarecer qué es lo que viene a llenar un vacío del Reglamento de la IBA, y como ya vimos

en el arbitraje de inversión es un poco... no es tan abierto como el arbitraje comercial internacional, siempre y cuando también va a haber una flexibilidad en la apertura en la presentación de pruebas de parte de lo que se vaya a regular en el proceso. O sea, lo que sea determinado en virtud de su autonomía.

Y, ahora bien, una vez escogido el reglamento al cual se hayan sometido, por ejemplo, la del RAD de la IBA, pues, voy a leer algunos artículos que creo que son de importancia para tener en cuenta cuáles son algunos.

El tribunal arbitral, en su artículo 2, pues, establece en su reforma, ya del 2010, «El tribunal arbitral deberá consultar a las partes [le da ese libre albedrío de consultar a las partes], tan pronto como sea procedimentalmente posible, a invitarlas a consultar mutuamente, a fin de acordar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba».

Qué sucede. Se venía dando en la práctica el rol del abogado de la parte... va íntimamente ligado como lo mencioné anteriormente en las prácticas hostiles en la presentación de la prueba, por ejemplo, donde no se presentaba una prueba pertinente, por ejemplo, hoy ya lo mencionó, inclusive, Diana anteriormente, que en los procesos de repente vamos a presentar y el Reglamento de la IBA sí lo permite, presentarlos mediante reproducción como en correos electrónicos, temas fotostáticos, todo este tema, y lo recalco ya en esta reforma.

Ahora, ¿qué sucede? El tribunal arbitral siempre deberá coadyuvar dentro de su rol a poder hacer un arbitraje eficiente, ¿verdad?, eficaz, y preguntar a las partes cuál es la prueba que consideran ellos más pertinente para este tema. Y ahí es donde tiene y el reglamento le da el libre albedrío a poder decidir sobre la prueba pertinente para conocer.

Más adelante vamos a ver que, respecto a la prueba presentada, el árbitro o el tribunal tiene la facultad para poder recibirla y poder conocerla, e inclusive valorarla y poderla dejar para su pronunciación en un laudo.

Siguiendo con el tema, otro de los puntos importantes que el Reglamento de la IBA en la práctica de la prueba, pues, en su reforma mencionó es que se invita al tribunal arbitral a identificar ante las partes, tan pronto como lo considere pertinente, cualquier cuestión... qué rápido pasa el tiempo, pero voy a ir avanzando un poco... cualquier cuestión para poder

dilucidar, relevante al caso o sustancial. Es importante poder valorar la prueba y que estos elementos son sustanciales, ¿no?

Una solicitud de exhibición de documentos, por ejemplo, en el momento que pueda determinar coherente o, por ejemplo, cuando se prueba en los casos de arbitraje comercial internacional, cuando hay excedente de documentos presentados, puede pedir el tribunal arbitral, por ejemplo, que delimite hacer un resumen estricto con los *highlights* que pueda especificar, en relación a lo que se requiere de acuerdo a su petición.

Esto es importante para las partes porque el tribunal arbitral tendrá un poco más fácil al momento de poder conocer.

Siguiendo con el tema, pues el objeto de la prueba tiene elementos importantes a tomar en cuenta en el tribunal arbitral.

El árbitro debe tomar en cuenta la prueba solamente sobre hechos afirmativos por las partes y sobre los hechos controvertidos. Esto hace descartable toda prueba que debe versar sobre las declaraciones formuladas por los litigantes.

¿Qué quiere decir esto? De repente el litigante con el ánimo de poder presentar el cúmulo o exceso de prueba para querer probar algo, inclusive, puede venir a confundir su petición o la relación que puede querer establecer.

Entonces, es importante que el tribunal arbitral o el árbitro sólo vaya a evaluar la prueba pertinente, en relación a lo que se les está pidiendo y debe evaluar, por ejemplo, en relación a si son hechos admitidos, entonces, declarará que es una prueba innecesaria.

Por otra parte, si se tratara de hechos inconducentes tampoco será necesaria a la que se remiten los mismos. Ya esto lo tenemos claro: cuándo es impertinente la prueba cuando se pretende probar un hecho que aun demostrado no sería naturaleza para influir en la decisión del asunto.

Esto es bien importante que en el rol del árbitro tengamos claros cuál es la prueba pertinente, si es sobre hechos admitidos, si es sobre hechos en controversia, qué prueba vamos a conocer sobre hechos en controversia si la han presentado ellos o si nosotros como árbitros vamos a generar prueba de oficio, y es otro punto donde vamos a entrar más adelantito, donde que si el tribunal también se lo ha delegado las partes o si se lo ha delegado el reglamento.

Y hay que tener un poco de cuidado para no dejar en indefensión a las partes, como decía Diana, para que cada una de las partes tenga igualdad de armas, ¿no?

Es importante cuando las pruebas se deben ceñir al asunto y son admisibles las inconducencias. Tenemos que la conducencia de la prueba queda determinada por la conducencia del hecho que relata la demanda o la contestación. Hacer una prueba conducente es si realmente está relacionada en su petición o en su contestación y se va relacionada también su petición con la prueba en relación, inclusive, y con el hecho en controversia. Eso es lo que tenemos que tener claro para poder admitir o poder ver si es una prueba relevante o no.

El árbitro debe tomar en cuenta también, como otro elemento importante, que todas las cuestiones que pudieran plantearse con respecto a los casos concretos, deben ser resueltas en base al principio de amplitud de la prueba.

Ojo con esto, el principio de amplitud de la prueba, el Reglamento de la IBA dice, bueno, no es que vamos a ampliar la prueba al garete, sino que vamos a ampliar la prueba respecto a la relación que podamos entender para mejor proveer.

El caso es que, cuando una parte ofrece una prueba dudosa, pueden permitirle y dejarla para valoración a tomar la decisión. El árbitro debe tomar en cuenta que, ante la conducta indebida de la práctica de prueba por las partes, puede optar. Ésa es una parte, en relación a lo que manifestaba en el comportamiento del rol del abogado o de la parte.

¿Qué debemos tomar en cuenta en esta relación? Pues, amonestar al representante de la parte. Aquí hay un tema de las directrices también que hizo la IBA, posteriormente, al Reglamento de Práctica de Prueba; tenemos hoy en día también... ahí tenemos a Seguimundo con respecto al Código de Buenas Prácticas del Club Español de Arbitraje; también las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional; y, bueno, el Reglamento Uncitral y las reglas y otros elementos que podemos tener ahí.

Ahora, formar presunciones... ¿qué debemos de tomar en cuenta para esto? ¿Qué debemos hacer? Amonestar al representante de la parte, formar presunciones contrarias al interés de la parte, cuyo representante legal ha incurrido en una conducta indebida.

La imposición de costas del arbitraje tiene inferencias negativas.

Si ustedes ven, por ejemplo, cómo la Corte Internacional de Arbitraje en su escrutinio puede determinar también la reducción de los honorarios de los árbitros por no tener al tiempo debido sus laudos, también los árbitros podrán imponer las costas a las partes por un mal manejo de su rol con esto.

Y, para terminar, ya que voy cerrando porque ya no tenemos tiempo, la facultad del tribunal para actuar de oficio, finalmente son autorizadas por el reglamento aplicable o porque así lo previeron las partes.

¿Qué quiere decir esto? Que las partes le han delegado la facultad al árbitro, por ejemplo, en los casos se da mucho de los peritos. ¿Verdad? Cuando han pedido peritos, han prestado sus peritajes, hay un careo de peritos y también pueden pedirle al árbitro que pueda nombrar un tercer perito; o, inclusive, cuando se le ha presentado o se le ha designado una prueba para que él pueda proveer. Se encuentra íntimamente ligado con la labor proactiva para hacer más eficiente el proceso, y que las pruebas que se rindan sean sustanciales y pertinentes, ya sea conduciendo la etapa probatoria del modo que les parece más razonable orientando a las partes a producir pruebas más direccionadas a aclarar todas sus dudas.

Ésa es la parte donde los árbitros tienen que tener mucho cuidado, ¿no? El tema extensivo de poder producir prueba tiene que ir íntimamente relacionado que pudo haber conocido sobre un hecho que el proceso, y que necesita conocer más sobre eso.

Ahí el Reglamento de la IBA, en su artículo 9, si bien exige que las partes se puedan oponer a alguna prueba generada de oficio por parte del tribunal, a que no puedan conocerse por los reglamentos taxativos que puedan decir que es una prueba que sea de rigurosa confidencialidad o sea de un tema de provisión legal y algunos otros elementos.

¿Cómo se da el uso de la prueba de oficio, pues? En las tres pruebas más grandes que se da en el arbitraje comercial internacional, pues.

En la declaración de testigos cuando el árbitro o el tribunal arbitral puede llamar a un testigo que no haya sido presentado por las partes.

Documental cuando puede pedir algún documento donde les pide a las partes que lo puede agregar cuando, por ejemplo, sólo ha presentado una parte del documento y hace falta una parte íntimamente relacionada al antecedente de la prueba que da a conocer.

De igual manera, la pericial, como les comenté anteriormente, pues, el tribunal arbitral también podrá pedir y apoyarse de un dictamen de experto o un perito, como, por ejemplo, en los casos donde hay un elemento muy técnico.

Por ejemplo, en un caso donde sea el objeto de conflicto el elemento de instalación e implementación de un software, tendrá que apoyarse o de repente que las partes han presentado un peritaje y él, tal vez, no tiene la capacidad técnica para poder dilucidar si realmente hay una instalación, una implementación o si se cumplió con el alcance de lo que tenía ese contrato para poder determinar.

Esto es todo, un poco rápido, corriendo. ¿Si tienen alguna pregunta? Quise abordar los elementos probatorios que son importantes desde el punto de vista del árbitro; y, bueno, muchas gracias.

José Daniel Amado: Muchas gracias, Benito.

Entonces, sin más preámbulo, vamos a darle la palabra a Ofilio Mayorga, que va a tocar un tema de muchísima actualidad «Arbitraje de emergencia, tanto en el arbitraje comercial como en el arbitraje de inversión». ¿Ofilio?

Ofilio Mayorga: Muchas gracias, Daniel.

Ya nadie se puede ir. Si ya van a llegar tarde a su casa, se esperan veinte minutos más. Así que...

Es un placer estar acá. Siempre me encanta venir a Perú. Yo tengo el placer de representar a Perú; yo tengo algunos casos estatales y les cuento que yo soy el colado de la fiesta. No estaba supuesto estar acá, esta presentación la iba a dar Diana Paraguacuto, quien es socia de Foley & Hoag en Francia, pero tuvo algunos problemas y se disculpa. Gracias a Silvia y Denise por aceptarme estar acá.

El tema es el mismo; es sobre el procedimiento del árbitro de emergencia, pero sí les voy a decir que mi perspectiva es muy distinta. Quizás creo que Diana les iba a dar una perspectiva más institucional desde el punto de vista de la ICC porque ella estuvo en un panel nombrado por ICC para hacer un estudio sobre la experiencia de la ICC en los últimos seis años sobre este tema de árbitro de emergencia.

¿Por qué? Porque realmente el tema del árbitro de emergencia empezó en la ICC a tomar boga, a tomar viento; fuerza, en el 2012. Muy recientemente. Y sólo ha habido ochenta casos; ochenta casos ICC en

los que se ha solicitado este tipo de procedimientos. Creo que en la gran mayoría de estos casos no se ha nombrado un árbitro de emergencia.

O sea que es un tema que yo les recomiendo que lo sigan mucho porque desde el punto de vista táctico y estratégico, esto lo quiero conversar con ustedes acá. Es muy importante en el arbitraje comercial. Yo... mi perspectiva no es tanto institucional. Yo no trabajo para la ICC, pero soy usuario, tanto en arbitrajes comerciales (he representado o representando a privado) como en el arbitraje de inversiones, representando exclusivamente a Estados. Las sensibilidades son muy distintas.

Un poquito de la historia de este tema, ¿verdad?

El árbitro de emergencia es un mecanismo que sirve para llenar un vacío en el procedimiento arbitral porque, por ejemplo, en el arbitraje de inversión, desde que se notifica la disputa, hasta que se nombra el tribunal, pueden pasar hasta seis u ocho meses. En un arbitraje comercial, tal vez, un poquito más rápido: puede ser entre un mes... dos meses. Pero en ese período no hay tribunal.

Entonces, qué pasa si la disputa son organismos vivos, ¿no? Bien dinámicos que pueden... muchas cosas pueden cambiar entre la notificación de la disputa y la constitución del tribunal.

Entonces, el árbitro de emergencia lo que hace es entrar en ese vacío y ordenar medidas cautelares para preservar el *status quo* o para preservar la integridad del proceso, mientras se constituye el tribunal, ¿verdad?

En el arbitraje de inversión es muy interesante porque, si ustedes se fijan, ICC... la primera que introdujo este mecanismo fue la AAA, específicamente en el reglamento de la... no sé cómo se llama... las siglas son la International Dispute Resolution Center de la AAA en Estados Unidos.

Básicamente, es... la ICDR, perdón. Básicamente es la institución americana con un reglamento internacional de arbitraje. Ellos lo introdujeron el 2006. La ICC lo introdujo en el 2012.

Después la Cámara de Comercio de Estocolmo, la London Court of International Arbitration y varias de esas. Pero, fíjense muy bien, el Ciadi hoy por hoy está reformando sus reglas, no lo incorporó.

¿Por qué? Y fijémonos en una cosa. Todas estas instituciones compiten entre sí por usuario, por cliente, pero si se fijan bien quién es el usuario más importante del Ciadi: los Estados. Y los Estados no quieren que les impongan medidas cautelares. Se los digo porque yo me dedico a representar

Estados en arbitrajes de inversión. Mucho menos que venga un árbitro de emergencia que ninguna de las partes pidió o que el Estado no consintió, y voy a tocar este tema un poco más adelante para que establezca medidas que atentan de la misión del Estado contra la soberanía.

Entonces, el Ciadi, a pesar de que hubo mucho *lobby*, y ustedes pueden ir a las páginas del Ciadi y ver todas las opiniones de las grandes firmas de abogados que representan a inversionistas pidiendo: «Ciadi, por favor, instituye el mecanismo de árbitro de emergencia».

Puedo nombrar las firmas más grandes que se les pueda imaginar. Insistieron e insistieron. ¿Por qué? Porque es conveniente para el inversionista, ¿verdad?

Pero, al final, el Ciadi dijo: «no, no estamos interesados porque no va con el sistema de arbitraje de inversionista-Estado». Pero, ojo, el Ciadi está sacrificando algo acá, y ésta es mi opinión. Yo no soy parte interesada del Ciadi y mucho menos, pero el Ciadi también recuerden que perfectamente puede llevar casos comerciales, ¿verdad?, contractuales. Perfectamente lo puede hacer, pero creo que han sacrificado un poco innovar en ese punto y seguir satisfaciendo un poco más al cliente estatal en arbitrajes de inversión.

Creo que ya me quedan como cinco minutos, pero desde el punto de vista comercial, ustedes tienen que pensar estratégicamente si irse... pedir el mecanismo de árbitro de emergencia les conviene o no para proteger los intereses de su cliente. Eso es lo que tienen que pensar ustedes.

Ahora, el hecho de que una regla arbitral, digamos que su arbitraje es gobernado por reglas ICC, tenga el mecanismo del árbitro de emergencia, no significa que vos lo tienes que utilizar, perfectamente te podrías ir a una corte nacional y ésta es la alternativa. Vos te ibas y, como no había árbitro, no había nadie, perfectamente te ibas a pedir la medida cautelar a las cortes nacionales.

Pero, qué pasa. Esto se vuelve muy problemático. Yo, lo primero que pienso cuando estoy en esta situación; el *choice* entre el árbitro de emergencia institucional o la corte nacional, primero lo que pienso es cómo me va a percibir la institución arbitral que va a administrar este caso futuro y el panel arbitral que va a seguir el caso, ¿verdad?

Puede ser que ellos interpreten el hecho de que yo no quise utilizar este mecanismo como un ataque al tribunal y a la misma institución arbitral, como que no le tengo confianza.

Entonces, preferí ir a la corte nacional porque quizás tengo influencia, cualquier sinnúmero de cosas, ¿verdad?

Por ejemplo, yo vengo de un país como Nicaragua, en donde es muy fácil influenciar a las cortes; es de terror esa situación. No sé en otros países en Centroamérica. Por cierto, tengo el panel más centroamericano que yo he visto fuera de Centroamérica, pero... por si no lo habían notado.

Entonces, eso es lo primero. ¿Cómo lo va a percibir el panel arbitral; la institución arbitral? OK, ellos se quedan con mi caso. Ellos van a decidir en un año quizá lo políticamente correcto es utilizar el sistema.

Otra consideración importante. Que la orden o que la medida cautelar que yo estoy pidiendo no implique a terceras partes. Esto es un punto muy importante. Por ejemplo: las reglas ICC.

Las reglas ICC claramente establecen que este procedimiento sólo aplica para las partes que firmaron el acuerdo.

Si, por ejemplo, yo tengo miedo, yo tuve un caso así. Tuve la sensación de que se iba a perder una prueba porque, por ejemplo, una tercera parte que tenía la prueba documental que yo iba a necesitar en el arbitraje, iba a desaparecer, iba a ser liquidada.

Si yo, por ejemplo, voy a un tribunal ICC y le digo: «Pídale a esa parte que entregue todos los documentos», me va a decir que no porque esa institución no fue parte en el contrato entre mi representada y la otra parte, ¿verdad?

Entonces, lo primero que ustedes tienen que ver es si va a tener implicaciones para terceras partes. Las reglas ICC son muy estrictas en eso, que sólo implica o que sólo aplica para las partes en el arbitraje. No puede ir más allá o a terceros. O sea que, de una orden cautelar de un árbitro de emergencia, no puede pedirle o exigirle acciones o actos a una tercera parte o a un banco que no está implicado directamente en la controversia.

El segundo punto... el tercer punto estratégico: confidencialidad.

Si vos te vas, si ustedes se van, utilizan el mecanismo institucional, van a estar seguros, y es que así las partes lo acordaron, que el arbitraje va a ser confidencial y que nunca se va a saber que hubo un árbitro de emergencia o un laudo... el proceso se va a mantener confidencial.

Pero, si ustedes se van a una corte local, es posible que esa confidencialidad se pierda. No sé la ley acá en Perú en ese sentido, pero, normalmente, los juicios son públicos. Y, si yo voy y pido una orden cautelar en una corte local, inmediatamente se pierde esa confidencialidad. Por ejemplo, cómo podría ser importante esto.

Por ejemplo, yo tengo... soy de una empresa que fue financiada por bancos extranjeros y yo meto una demanda y pido una orden cautelar en una corte local. El banco va a decir: «A esta persona la pueden contrademandar. Entonces, mejor le quito mi préstamo». ¿Verdad?

Entonces, ahí es donde la sensibilidad de la confidencialidad es importante.

Finalmente, si ustedes están en un arbitraje de ICC, tengan seguro que tienen 40,000 dólares a mano para poder pagar la caución para poder seguir el arbitraje, ¿verdad? O sea que cuesta dinero. Se ha puesto este tipo de mecanismos para que no sean muy abusivos y hay que pagar si usted va a pedir la intervención de un árbitro de emergencia, tiene que pagar los 40,000 dólares y estar seguro de que es urgente; que la medida es urgente, y que hay posibilidad de que realmente va a ganar antes; o de que, si es urgente, antes de que se constituya el tribunal arbitral.

Básicamente, ésas son las consideraciones que hay que tomar en cuenta a la hora de decidir si utilizar ese mecanismo o no.

Rápidamente, arbitraje de inversión. ¿Qué pasa con el arbitraje de inversión?

Con el arbitraje de inversión, como les decía, el Ciadi estuvo... no ha tomado en consideración la solicitud de las partes privadas de incluir este mecanismo porque se percibe que atenta la soberanía. Además, hay un tema muy importante... rápidamente, es un tema de consentimiento. Digamos, Perú. Perú firmó un TBI con Nicaragua en el 2015 que decía que el arbitraje se iba a hacer por las reglas Ciadi.

Esas reglas Ciadi de antes de ese tratado no contemplaban un arbitraje de emergencia. Entonces, si el Ciadi viene hoy y cambia las reglas, pero no hay nuevos tratados, no se puede aplicar retroactivamente el cambio de las reglas que lo hace el Ciadi sin necesariamente la voluntad de los Estados para que después apliquen a este tipo de procesos. Entonces, hay un problema de voluntad. Entonces, ésa es una de las tantas razones por las que los Estados han sido muy sensibles a no querer este tipo de arbitrajes.

Ahora, Uncitral, arbitrajes de inversión administrados por Uncitral; la PCA, la corte de arbitraje, lo mismo; no contemplan este mecanismo en arbitrajes de inversión. La única institución que sí lo ha hecho y ha habido siete casos, es la Cámara de Comercio de Estocolmo. Ha habido siete casos en los que se ha aplicado este tipo de procedimiento.

Habrá que ver, habrá que analizar si eso hace que la Cámara de Comercio de Estocolmo sea más popular para arbitraje de inversiones o no.

Muchas gracias.

José Daniel Amado: Muchas gracias.

Muchísimas gracias, Ofilio, entonces, sin más interrupción pasamos... vamos terminando en el panel, nos toca Edson López de Guatemala, quien nos hablará sobre la contratación de la defensa técnica por parte de los Estados en arbitrajes de inversión.

Edson López: Bien, buenas noches, muchísimas gracias por la invitación. Sílvia, Salomé, muchísimas gracias y felicitaciones por el evento; y, sobre todo, muchísimas gracias a todos ustedes que a las diez menos cuarto de la noche están escuchando sobre arbitraje un jueves, así que voy a tratar de hacer lo más rápido posible mi presentación, y trataré de hacerla lo más entretenida para que sepa que mientras ustedes me están aplaudiendo, es porque estoy terminando en tiempo más que por el contenido.

A ver, a propósito de la Ley que se está tratando de resucitar, según entiendo yo, acá en el Perú y de algunos artículos que se han publicado recientemente por algunos autores y árbitros bastante reconocidos en la sede arbitral más importante de Latinoamérica.

Me parece importante, me parece relevante y muy conducente a hablar sobre la contratación de la defensa técnica de los Estados en los arbitrajes de inversión. ¿Por qué? Porque normalmente lo que los abogados y lo que los ciudadanos no nos hemos dado cuenta, a veces es que los procedimientos de contratación de las defensas técnicas en los arbitrajes de inversión suelen ser procedimientos bastante endebles sujetos a corrupción, que no es que haya sucedido nunca en ninguna sede de Latinoamérica, en ningún Estado en Latinoamérica. Sin embargo, lo que voy a hacer en los ocho minutos que me quedan es una comparación en tres países diferentes sobre cómo contratan la defensa técnica.

En el caso de Guatemala, obviamente, mi país en donde he tenido experiencia, en el caso de Costa Rica —que tuvo alguna intervención— y tropicalizándolo, en el caso de Perú.

Esta parte me la voy a saltar. Todos sabemos que los arbitrajes de inversión derivan normalmente de un tratado bilateral o multilateral de inversión que tiene como mínimo el contenido siguiente en la parte sustantiva y después la parte de resolución de controversias, qué es inversión, qué es inversionista, cuándo se considera una expropiación y cómo se debe pagar; cuando esto ocurre, cuáles son las obligaciones del Estado receptor; el trato justo y equitativo; la nación más favorecida, y lo que nos trae el punto de esta charla del día de hoy: «la resolución de las disputas» que, usualmente, suelen estar divididas en lo que ustedes están viendo en pantalla: la negociación directa, las cortes nacionales, Ciadi, a veces arbitrajes Cnudmi, y en algunos casos, arbitrajes CCI.

En la negociación directa, usualmente llamada *calling of period*, que tiene particular relevancia para las cosas que les sugiero no hacer, y no me gusta poner a mi país como ejemplo, pero en esta oportunidad lo voy a hacer por un caso que está abierto actualmente.

Entonces, por qué el arbitraje de inversión, ya lo decía Ofilio, en el arbitraje de inversión porque esto genera mayor certeza para los inversores que prefieren discutir sus controversias en un foro nominalmente más equitativo que en las cortes nacionales, obviamente, un tribunal especializado, reglas neutrales, y un foro neutral.

¿Cuáles son los tipos de controversias que normalmente suelen dilucidarse en un arbitraje de inversión?

Hay dos tipos de controversias: las sustantivas y las procesales.

Las controversias sustantivas: violación a las obligaciones del Estado, alegaciones de expropiación directa o indirecta y reclamaciones de compensaciones que son multimillonarias.

Y de eso Ofilio les podrá contar mucho porque él a eso se dedica: a defender a los Estados en este tipo de reclamaciones y en el trámite de los procesos arbitrales de inversión surgen disputas procesales relacionadas sobre si existe o no existe inversión según la definición del tratado bilateral o multilateral de inversión, sobre si la persona que está demandando, física o jurídica, tiene la calidad de inversionista y sobre si el tribunal arbitral tiene o no jurisdicción.

¿Quiénes son los sujetos procesales? Inversionista *vs.* Estado, ésta es la regla general. Sin embargo, esta regla general está cambiando poco a poco y, a pesar de que los tratados bilaterales o multilaterales de inversión establecen que el inversionista es quien puede acceder al arbitraje de inversión, los Estados más comúnmente están planteando demandas reconventionales y hay algunos ejemplos en los que estas demandas reconventionales han sido exitosas. Uno de ellos es el caso de *David Aven contra Costa Rica*.

A este punto quería llegar: los montos, y justo a la mitad de mi exposición, los montos en disputa.

Allí de ejemplo traigo el caso de Ecuador, el caso de Ecuador tiene 17 mil millones de dólares derivados de 28 reclamaciones, 17 mil 500 millones de dólares derivados de 28 reclamaciones de las cuales muchas de ellas ya han sido resueltas y hay condenas bastante grandes en contra de este Estado. Pero no sólo es eso; no sólo es el costo que representan para el Estado las condenas derivadas de las reclamaciones que inversionistas han planteado, sino, además, que los costos en los que la República de Ecuador ha incurrido para contratar abogados y para pagar los costos relacionados con el arbitraje son 156 millones de dólares. Una suma nada despreciable de dinero, ¿y qué implicaciones tiene esto? Esto tiene muchas implicaciones y cobra una particular relevancia la defensa del arbitraje cuando tenemos a un abogado como Ofilio que se dedica a defendernos a nosotros los ciudadanos que formamos parte de un Estado.

¿Por qué? Porque, finalmente, esto se traduce en daños a la ciudadanía. Si un Estado es condenado, por ejemplo, en el caso de Ecuador, si hubiera sido condenado a los 17 mil millones de dólares, ustedes se imaginan, y quiero, por favor, que ustedes lo traduzcan en infraestructura, en hospitales, en salud y en educación que no se puede prestar.

Precisamente, por eso es tan importante y tan relevante hablar del proceso de contratación de la defensa técnica. ¿Por qué? Porque estamos hablando del erario público que se conforma con los impuestos que cada uno de nosotros pagamos en cada una de nuestras jurisdicciones. Y decía hablar de la contratación de la defensa técnica, a propósito de la resurrección o que están tratando de retomar la Ley a que he hecho referencia porque, simple y sencillamente, esto es un reflejo de un mal del que padecen todos los Estados en Latinoamérica; y, lamentablemente, hacen mal en la

corrupción. Y decía, a veces, no nos hemos dado cuenta, pero son muy, muy endebles los procedimientos que tenemos.

En el caso de Perú, me parece que es uno de los más estructurados y los que mejor lo tienen respecto a la forma de contratación, pero además al momento en que los abogados que van a defender al estado van a entrar en acción.

Entonces, voy a hacer una muy breve comparación entre Guatemala, Costa Rica y Perú y voy a empezar por mi país, que no tiene un procedimiento previamente establecido.

Guatemala históricamente tiene cinco casos, vienen en camino tres más en materia de inversión y básicamente ¿Qué es lo que pasa en Guatemala?

En Guatemala se tiene que contratar, como no tenemos un procedimiento establecido, se tiene que contratar con base a la ley de contrataciones del Estado, pero para no pasar por el procedimiento de licitación, porque es demasiado largo y los procesos para contestar la solicitud de arbitraje usualmente son muy cortos, entonces lo que se hace es una contratación directa, a través de contratar a un profesional que respalda a una firma, por supuesto.

Pero ¿qué es lo que sucede o cómo es que el Estado de Guatemala llega a la conclusión de contratar a esa firma a través de ese profesional que formalmente es el contratado?

Se invita a un número reducido de firmas a presentar su oferta basado en las necesidades que consideren quiénes van a tomar la decisión, sin tener ningún parámetro de referencia ni tampoco tener una guía que sea previamente establecida ni estructurada.

No hay criterios formales, sino, simplemente, se utilizan y se van creando en función de cada caso que va surgiendo; y reactivamente lo que pasó en Guatemala es que se creó una comisión interinstitucional de arbitraje para coordinar los procesos arbitrales en materia de energía, que no sólo tenemos en materia de energía, sino también en materia de minería que han ido surgiendo.

En el caso de Perú, no me voy a detener mucho porque ustedes lo saben, está creada la *Secrecci* y hay el Decreto Supremo n.º 02-2009 del presidente, lo que establece es que hay un procedimiento mediante el que se tiene que invitar a tres firmas con experiencia para que presenten su pro-

puesta económica y técnica y que se hagan las ponderaciones de evaluación según cada caso en particular.

En el caso de Costa Rica funciona bastante diferente. Hay una preselección de firmas que se hace en función de la controversia que surge se invita a las firmas que el Estado considera que, de alguna manera, tienen la experiencia para que sea preseleccionadas. Esas firmas estando preseleccionadas lo que hacen es que presentan su oferta a través de una licitación.

Lo interesante en este caso es que, en el caso de Costa Rica, y por eso lo traje a colación, me parece interesante que ellos establecen un monto máximo a pagar en la contratación, lo que no sucede; por ejemplo, en el caso de Perú ni tampoco sucede en el caso de Guatemala, y por eso un número limitado de despachos presentan su oferta, porque, por ejemplo, en el caso de *David Aven*, y lo puedo decir porque está publicado, no iban a pagar más de 950 mil dólares, que es una cantidad bastante baja para lo que usualmente se cobra en los arbitrajes de inversión.

Pros y contras de los distintos mecanismos para la contratación de la defensa técnica. En el caso de Guatemala, por ejemplo, mucha flexibilidad en la contratación, un alto nivel de discrecionalidad que puede estar sujeto a corrupción, que no es que haya sucedido, pero puede estar sujeto a corrupción, y no hay un límite económico fijado para la contratación, lo cual, al final de cuentas también pega en el erario público.

En el caso de Perú, desde mi perspectiva tiene un proceso estructurado y reglado, un nivel de discrecionalidad medio porque se establece que tiene que invitar por lo menos a tres firmas, no hay límite económico fijado para la contratación, y en el caso de Costa Rica el proceso es reglado, el nivel de discrecionalidad es bastante bajo porque hay muchas más firmas que participan del proceso y hay un límite económico fijado para la contratación que, ante los ojos de algunos pueden mermar la defensa, porque he escuchado que quienes van a participar operativamente en la defensa son los *juniors* de una firma de esta naturaleza y eso no es necesariamente cierto porque, de hecho, el caso de *David Aven*, Costa Rica lo ganó.

Reflexiones, con esto termino, a cada Estado le puede funcionar bien un mecanismo diferente. Hay que evitar la discrecionalidad para minimizar una posible corrupción porque estos procesos usualmente son muy jugosos, pero, a la vez, bastante endebles.

Contratar la mejor defensa, a veces, no tiene que ver necesariamente con el precio.

Y se me fue la b) por la c).

La defensa es menos complicada con una gestión adecuada al conflicto, inclusive, antes que inicie y eso es, precisamente, lo bien que lo hacen ustedes.

Qué es lo que no se debe hacer, por ejemplo, y me llamó mucho la atención cuáles son las funciones que tiene *Secrecci* acá en el Perú, y es, por ejemplo, tratar de unificar o que todas las cláusulas de resolución de controversias en los tratados bilaterales o multilaterales de inversión sean lo más uniformes posible, pues en el caso de Guatemala no es así, y para que ustedes vean, éste es un... el tratado bilateral de inversión suscrito entre Guatemala y la República de Israel, del cual hay un caso abierto y que establece lo que ustedes están viendo marcado en rojo, que la verdad a mí me parece extraño.

Yo nunca lo había visto, no soy experto en arbitraje de inversión, pero todas las audiencias, una vez constituido el tribunal arbitral, todas las audiencias en un arbitraje de inversión tienen que celebrarse en seis meses y tiene que emitirse un laudo en ocho meses.

¿Se imaginan ustedes la irresponsabilidad de quienes negociaron? No sé si irresponsabilidad o desconocimiento, de quienes negociaron este tratado, y tenemos un caso abierto por «N» cantidad de millones de dólares; y, precisamente, por eso yo, y con esto cierro, la reflexión última es la mejor defensa del caso empieza con la gestión que se inicia desde antes de que el conflicto se genere.

Muchísimas gracias.

José Daniel Amado: Muchísimas gracias, Edson. Gracias por tratar de estar a tiempo como tú mismo lo dijiste.

Nos toca el turno de la última exposición de la noche, corresponde a Seguíundo Navarro de España, que va a tocar un tema muy interesante, y es la conducción eficiente del proceso arbitral internacional, si esto es un mito o una realidad en base a su experiencia comparada en distintos centros arbitrales.

Adelante, por favor, Seguíundo.

Seguíundo Navarro: Voy a evitar los agradecimientos porque esto parece el día de la marmota ya que intervine ayer y hoy estoy aquí en

sustitución de Elena Gutiérrez que, lamentablemente, no ha podido comparecer igual por algún problema de última hora que nos pasa a todos los profesionales.

Bien, cuando se habla de conducir un eficiente... en un procedimiento arbitral, realmente, qué es lo que piensan las cortes.

Las cortes lo que están pensando es en esto: es en recortar; en intentar reducir el tiempo que se tarda en llegar al final del procedimiento arbitral.

Recortar también el coste que puede suponer el procedimiento arbitral. La tendencia de la corte siempre es a esto, a tener el cronómetro en la mano e intentar reducir el mayor tiempo posible para poder llegar al resultado final, para poder llegar al laudo que, al final, es el que pone el procedimiento en manos de las partes; el resultado final del procedimiento en manos de las partes.

La CCI sabemos que tiene ahora mismo un sistema de premios y castigos en el cual, si el tribunal arbitral ha conducido el procedimiento de una forma eficiente y ha conseguido una reducción del plazo que estaba previsto para la emisión del laudo, se premia económicamente a ese tribunal arbitral y se le da, digamos, un bonus por haber terminado el procedimiento en menos tiempo.

De igual modo, si el tribunal arbitral ha entregado el laudo fuera del plazo que estaba inicialmente previsto para ello, la CCI castiga a ese tribunal arbitral, y le va reduciendo emolumentos, a medida que va transcurriendo el plazo previsto para la entrega del laudo, sin que eso lo hayan hecho.

Pero vamos a hablar de procedimientos abreviados, porque quizá sea eso lo que más nos suena ahora mismo para reducir el tiempo y el coste en el arbitraje.

Las principales instituciones internacionales recogen ciertas formas para reducir el tiempo del arbitraje, como soy un poco torpe no he conseguido introducir aquí una pestaña en concreto para el CARC que tiene un anexo dentro de su reglamento en la modificación del año 2017, donde incluye un procedimiento abreviado.

¿Por qué todas están de un color excepto la London Court of International Arbitration? Porque la London Court no tiene exactamente un procedimiento que pueda llamarse que sea de un procedimiento abreviado.

La London Court lo que tiene son dos preceptos en el artículo 9, los apartados a) y c) de ese artículo, donde recoge la forma de nombrar de un modo urgente, digamos, un árbitro o bien el *replacement*-‘reemplazo’ urgente de un árbitro en procedimiento arbitral, entonces, no es que tenga unas normas exclusivas, sino que dentro de su propio reglamento introduce la fórmula para nombrar árbitros en un momento dado.

¿Cuál es la forma habitual que tienen las cortes de arbitraje internacionales de introducir el procedimiento abreviado?

Generalmente, lo que tiene siempre son una fórmula o bien de *opt in* o bien de *opt out*, con un límite económico; es decir, una cuantía a partir de la cual la institución arbitral entiende que tiene que aplicarse el procedimiento abreviado. Todo lo que sea *opt in* es que las partes, el reglamento lo recoge, pero no es de aplicación obligatoria, incluso, habiendo una cuantía económica y el *opt out* es que es obligatorio con esos límites que se están introduciendo en el propio reglamento y las partes tendrán que sacarlo, si no quieren que sea de aplicación automática si se dan las condiciones.

Curiosidades, por ejemplo, en Estocolmo en la SCC, allí tienen un sistema de *opt in* puro.

¿Por qué digo que es un sistema de *opt in* puro? Porque las partes tienen que pactar expresamente que opere el procedimiento abreviado. Y el procedimiento abreviado no es un procedimiento que esté incluido en el reglamento que aplica a todos los procedimientos arbitrales, sino que el procedimiento abreviado de la corte de Estocolmo, tiene un reglamento independiente y aparte para la aplicación de ese procedimiento abreviado. Es quizá la fórmula más clara que separa el procedimiento ordinario de un procedimiento abreviado.

En SIAC, en Singapur, hay un sistema que es mixto; una de las partes tiene que disparar, una de las partes tiene que pedir que se aplique el procedimiento abreviado a un procedimiento arbitral que empieza a estar en marcha.

Una vez que una parte lo ha pedido, entonces, es cuando se puede analizar si cumple con los requisitos que están establecidos, es decir, que la cuantía no sea superior a los seis millones de dólares de Singapur, que las partes puedan acordarlo, o sea las partes podrían también estar de acuerdo y, si entran dentro de ese límite económico, también aplicaría o en caso de excepcional urgencia.

Tenemos que tener en cuenta que Singapur es, probablemente, la institución más moderna a la hora de aplicar nueva figura, sus árbitros gozan de una gran autonomía, tienen bastantes poderes, pueden incluso ordenar el secuestro de naves y embarcaciones como medidas cautelares, sin necesidad de pasar por un órgano jurisdiccional, sino que los árbitros tienen capacidad para tomar ese tipo de medidas cautelares, con lo cual es un sistema arbitral bastante avanzado.

Tanto en Estocolmo como en Viena, en VIAC, SCC y VIAC no aplica esa cuantía. ¿Por qué? Pues porque el que, precisamente, tengan un sistema de *opt in*, es decir, que las partes no tengan que pedir de forma expresa evita que tengan que utilizar una cuantía económica para poder entrar.

El CARC tiene un sistema que podríamos llamar único en el cual la secretaría general es la que propone a las partes que se use el arbitraje, que ellos no lo llaman procedimiento abreviado sino lo llaman «arbitraje *express*», siempre y cuando las circunstancias del caso, la complejidad de la disputa, o más bien, la falta de complejidad de la disputa y la materia lo ameriten. También puede ser cuando lo pidan las partes, pero en todo caso tendrá que ser la secretaria general quien autorice la utilización de ese arbitraje *express*.

En el CARC no se habla pues tampoco de una cuantía, sino que son otras circunstancias las que hacen que pueda ameritar el uso de ese sistema de arbitraje *express*.

Pero, al final, son las cortes las que tienen la última palabra.

Existen varios supuestos en los que las cortes pueden decidir la pertinencia o no de utilizar un procedimiento abreviado.

Todas las instituciones indicadas antes, salvo el SIAC y salvo la Corte de Estocolmo lo que aplican en la regla del *logout*, reservándose el derecho de excluir el procedimiento de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, es decir, que no resulte apropiado, tomando en consideración todas las circunstancias pertinentes, cada uno podrá ver en esta diapositiva que utiliza un lenguaje diferente, pero que en el fondo quieren decir lo mismo.

Vamos a analizar el caso concreto para ver si, finalmente, vamos a utilizar las reglas del procedimiento abreviado.

Pero bueno, vamos a utilizarlo. ¿Por qué la mayor parte, si no todas, eligen un árbitro único? Pues, primero porque resulta mucho más eco-

nómico contar con un órgano unipersonal, estamos hablando de gestión eficiente del procedimiento y hay una parte económica.

Siempre es mucho más económico utilizar un solo árbitro, pero es que además es mucho más rápido, y todos sabemos por qué, si no tenemos que someter a deliberación ninguna de las decisiones del tribunal arbitral, se ahorrará tiempo en la gestión del procedimiento y se llegará antes a la solución.

¿Cuál es el problema? El problema viene con el consentimiento. ¿Y qué tiene que ver el consentimiento aquí? Si las partes cuando pactaron la cláusula arbitral, pactaron la existencia de un tribunal colegiado, es decir, que estuviera compuesto por tres miembros, estamos incumpliendo una de las normas de consentimiento de las partes.

¿Qué pasa cuando hay un conflicto entre el reglamento y la voluntad de las partes plasmada en la cláusula arbitral? Pues, las distintas instituciones han tomado distintas posiciones con respecto a ello.

En la CCI el procedimiento abreviado prevalece. La CCI lo que dice es: «Si aplica el procedimiento abreviado, me da igual lo que hayas pactado en tu cláusula arbitral porque tú te has sometido a mi reglamento, y en mi reglamento yo tengo una norma que dice que, en el caso de un procedimiento abreviado, el árbitro será único».

Por tanto, en caso de conflicto, en la CCI manda lo que diga el reglamento.

Sin embargo, según SCAI, la Corte Suiza, la Swiss Chambers of Arbitration Institution, es que el convenio es el que prevalece.

En ICDR, el procedimiento abreviado es el que prevalece; es decir, de nuevo el reglamento es el que está.

En SIAC también, el procedimiento abreviado. El convenio prevalece en el caso de Viena y, en tanto la Corte española como en la CAM, en la Corte de Arbitraje de Madrid, pasa exactamente igual.

Vamos a reducir, pues vamos a hablar de las audiencias.

¿Se permiten las audiencias en los procedimientos abreviados?; pues, igual, cada uno de los centros deciden si quieren o no quieren. El criterio que tienen en común, es que todos tratan de evitar, si pueden, las audiencias.

Al final, las partes y el árbitro pueden decidir si debe celebrarse una vista o no, pero siempre con la coletilla de «atendiendo a las circunstancias del caso».

La CCI, SCAI, SIAC, las cortes españolas, tienen una solución por defecto tendente a celebrar esa audiencia, vamos a respetar el derecho a ser oído dentro del procedimiento y quizá, por ese miedo a no estar respetando el derecho a ser oído, facilitan que pueda haber una audiencia en el arbitraje.

ICDR, el CARC, la Corte de Estocolmo y Viena, lo que adoptan es la posición contraria. En principio, no se va a celebrar una vista, salvo que las circunstancias del caso aconsejen que sí, que tenga que ser celebrada esa vista.

En Estocolmo, para que se acuerde la audiencia, tiene que haber una solicitud de alguna de las partes y el árbitro tiene que considerarlo, además, precedente.

En Viena, o existe una solicitud de las partes o el árbitro considera necesario la celebración de la vista para que pueda ser celebrada.

Vamos a hablar, entonces, ya, por último, del plazo para emitir el laudo.

El cómputo de los plazos, perdón, los plazos son muy irregulares, vemos en los reglamentos que hay plazos muy irregulares y vemos grandes diferencias entre unos; vemos unos seis meses, tres meses, treinta días, seis meses, igual tres meses, cuatro meses y, de repente, leemos el CARC y tiene diez días.

¿Dónde está el truco? Porque esto tiene que tener un truco. El truco está en el *dies a quo*, en el momento en el cual se tiene que empezar a contar el plazo para la emisión del laudo.

En la CCI, por ejemplo, el plazo empieza a contar a partir de la conferencia sobre la conducción del procedimiento.

En ICDR se inicia con los escritos finales y en el CARC con el cierre de las actuaciones; por tanto, lo que puede parecer mucho plazo en un inicio, realmente puede ser mucho menos al final.

Lo más habitual, además, es que las cortes puedan tener la prerrogativa de extender el plazo para alistar el laudo, pero, bueno, siempre son casos, más o menos, excepcionales.

El CARC, por ejemplo, tiene solamente cinco días de extensión de plazo, pero hay todavía más restricción como la Corte Española, que no tiene ninguno de ellos.

¿Son utilizables siempre los procedimientos abreviados? Lo veremos en arbitraje comercial, porque en arbitraje de inversión no existe, aparte de la cláusula que nos ha enseñado Edson, que es lo que casi podríamos decir: que es un procedimiento abreviado. Vamos, es una temeridad lo que hemos visto, pero solamente es algo que se puede utilizar en arbitraje comercial, pero no siempre.

Las cortes, además, lo que están es muy vigilantes. ¿Para qué? Arbitrajes que son de alta cuantía, de alta complejidad, y que tienen que ser llevados a través de un procedimiento ordinario; las partes no quieren meterlo en el procedimiento abreviado, porque las partes van a intentar utilizar las reglas del procedimiento abreviado para ahorrar costes a sus propios clientes.

Por tanto, cuando se vea que hay un intento abusivo de utilizar un procedimiento abreviado, serán las propias cortes las que pongan freno a ese intento de abuso y eliminen la aplicación del procedimiento abreviado en un caso concreto, y utilicen un procedimiento ordinario.

Muchas gracias.

José Daniel Amado: Muchísimas gracias, entonces, a Diana, a Benito, a Ofilio, a Edson y a Seguimundo. Gracias por las muy interesantes exposiciones, en interés del tiempo y tenemos que agradecer también al público por estar acá hasta esta hora. Yo creo que con esto daríamos por terminado el panel.

Muchísimas gracias.

Agradecemos su asistencia el día de hoy, los esperamos puntualmente el día de mañana para continuar el tercer y último día del Congreso.

Buenas noches.

Palabras presentador inicio tercer día del Congreso: Tenemos el agrado de darles la bienvenida al tercer y último día de la Décimo Tercera Edición del Congreso Internacional de Arbitraje, que organiza el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tenemos un programa bastante interesante el día de hoy; y, para comenzar, voy a ceder la palabra a la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, la Secretaria General de arbitraje, conciliación y *dispute boards* del Centro.

Por favor, unos aplausos para la doctora.

Silvia Rodríguez Vásquez: Buenas tardes con todos, muchísimas gracias por su asistencia. Estamos ya en el tercer día de nuestro congreso, realmente emocionados porque este evento ha tenido mucha particularidad.

Hemos tenido la presencia del Ministro de Justicia, bueno, también algunas anécdotas de haber terminado bastante tarde en algunas oportunidades. Prometo que esta vez ya no será así, pero este día es bastante especial; es un día en el que vamos a hablar de las contrataciones del Estado y el arbitraje; y, obviamente, no podía faltar la persona que está dirigiendo la entidad que se está encargando de regular las contrataciones del Estado y también, obviamente, el arbitraje en contratación pública.

Ella es Sofía Prudencio, a quien le pido unas palmas, por favor.

Sofía es abogada de la Universidad de Lima, es máster en derecho de la contratación pública por la Universidad Castilla La Mancha y es presidente del OSCE desde mayo del 2018.

Muchísimas gracias, Sofía, por estar acá.

Adelante con tu exposición.

Sofía Prudencio: Muy buenas noches, ante todo, el agradecimiento a Silvia, al Centro de Resolución de Conflictos y a la Universidad Católica del Perú por la oportunidad de poder acompañarlos hoy.

Ha sido una vocación de nuestra gestión que el OSCE se vincule cada vez más con la Academia, participando y convocando espacios de discusión técnica en relación con el sistema de contrataciones públicas; y, por sobre todo, cómo podemos todos conjuntamente, desde los distintos roles que nos toca desempeñar, poder sumarnos para poder cambiar las muchas cosas que es necesario ajustar y que todos y cada uno de los que están aquí presentes seguramente conocen.

Para ello y, especialmente, vinculado con el tema arbitral, me gustaría que demos una mirada muy veloz a cómo ha sido el tratamiento del arbitraje en materia de contratación pública, para eso nos vamos a tener que remontar al año 1997, cuando se aprueba la Ley n.º 26850. Esta ley es la que incorpora el arbitraje como la forma de solución de controversias y su referencia es bastante somera, bastante sencilla y el Consucode, lo que, digamos, es el precedente de OSCE, no tenía ninguna función en relación con el tema arbitral. Sin embargo, once años después, en el 2008, con el Decreto Legislativo n.º 1017, empiezan a darse una serie de cambios.

En el 2008 empieza a recogerse conceptos que estaban, si es que no previstos ya en la normativa general de arbitraje, sí dados por la doctrina, por la práctica internacional en esa materia, como en los temas de ética, por ejemplo. Se vio la necesidad de incorporarlos dentro del marco normativo, de la misma manera se dio la necesidad de relevar el principio de transparencia, estableciendo que los laudos que por naturaleza se quedan a nivel de las partes, deben ser publicitados a través de la plataforma electrónica Seace.

Y, finalmente, empiezan a aparecer funciones asignadas a OSCE ya en ese momento, como, por ejemplo, organizar y administrar arbitrajes con el Sistema Nacional de Arbitrajes, lo que convierte a OSCE en un prestador de servicios.

Si nos ponemos a pensar, el OSCE es un ente supervisor, pero con el arbitraje o en materia arbitral, brindamos específicamente servicios no ejercemos funciones de supervisión en esa parte.

Asimismo, administramos el Registro Nacional de Árbitros y también se nos da la función de designar y recusar árbitros. Todo esto entra como un gran paquete de funciones nuevas que ponen a OSCE, de alguna manera, a la par de las instituciones arbitrales que ya venían realizando estas tareas.

En el 2012 aparece regulación para los centros de conciliación, estableciéndose su necesidad de acreditación. En el 2014 se introduce la importante figura de la junta de resolución de disputas, pero de una manera un poco suave y de aplicación voluntaria.

En el 2017 se hace unos nuevos cambios a la normativa y se privilegia el arbitraje institucional por sobre el arbitraje *ad-hoc*; se establecen reglas para el arbitraje *ad-hoc*, así como para aquello que se iba a llevar a cabo bajo el sistema nacional de arbitraje que cuando el OSCE desempeña la función de secretaria arbitral. Y, finalmente, vamos a llegar al 2018 con el Decreto Legislativo n.º 1444, en el cual se hacen más ajustes al marco normativo.

Si nos fijamos en el transcurso del tiempo de estos cambios, vamos a poder notar que en algunos casos ha habido espacio de maduración antes de poder hacer ajustes, pero los últimos años podemos apreciar del 2012 al 2018, en seis años, ha habido cuatro leyes que han regulado y modificado el tema arbitral.

Es por esa razón que se saluda eventos de esta naturaleza, y por esa razón es que también OSCE está muy interesado en trabajar de la mano de la Academia y de los actores de contratación pública, para poder identificar con claridad cuál es la ruta que se debe seguir en esta materia, porque los cambios tan radicales de un momento a otro no son saludables para el ejercicio de un rol como éste: el de materia de solución de controversias. Las reglas tienen que estar claras para que las transacciones entre proveedores y entidades puedan resultar exitosas, y el cambio de las reglas que pueden ser necesarios, nadie lo discute, debe sujetarse también a base científica, a información que es algo en lo que también nuestra institución está trabajando.

Eso nos lleva a la posición en la que estamos actualmente, el OSCE administra arbitrajes brindando servicios, designa y recusa árbitros, administra servicios y también administra el Registro Nacional de Árbitros. Ése es otro servicio más que brindamos; está en permanente evaluación cómo se viene haciendo esto y creemos que el espacio de mejora es indispensable y es enorme en esa materia.

¿Qué tenemos y cómo tenemos que hacer para poder mejorar la actual situación en la que nos encontramos? Aquí es algo sumamente importante el poner en el centro al usuario, eso es muy importante porque, como les he mencionado, en esta materia el OSCE brinda servicios.

En ese sentido, en lo que respecta al Registro Nacional de Árbitros, considerando todas las situaciones que ha vivido el país en los últimos tiempos, la ley ha considerado necesario que para que una entidad designe a su árbitro, éste tiene que estar inscrito en el RNA.

Pero ¿cómo debe ser este registro?, ¿qué beneficios debe brindar?, ¿qué mecanismos de protección debe tener? Eso es parte de un trabajo que se está haciendo colaborativamente con la Academia, con árbitros y con secretarios arbitrales para poder determinar qué es lo que... hacer un diagnóstico de lo que ha sucedido hasta el momento, que hemos tenido dos herramientas: una nómina y un registro propiamente con formas diferentes de funcionar para poder encontrar aquello que resulte eficiente, pero a la vez seguro.

Y en esto no es posible no mirar la realidad que ha vivido el país en los últimos tiempos. De esta manera también incorporar tecnologías de la información para poder mejorar el servicio que brindamos, el tema de

cómo acceder a la información del RNA, cómo actualizar los datos, cómo la información fluye a través de las distintas partes, cómo las designaciones pueden hacerse de una manera más celeré aprovechando las herramientas informáticas.

En ese sentido, también se está trabajando, de manera conjunta con los actores en tema arbitral, cómo mejorar el SNA. Ya durante esta semana ha habido reuniones con comités de expertos, árbitros y secretarios arbitrales que voluntariamente han aceptado apoyarnos en esta tarea, ofreciendo sus sugerencias, sus comentarios, su crítica saludable, lo cual a nosotros nos ha dado muchísimo insumo para poder hacer planteamientos que puedan ser bien recibidos por la comunidad en temas de arbitraje.

Nuestra meta es tener el EOC arbitral; un sistema electrónico que maneje esto de una manera fluida para no ser un obstáculo en el tema de la solución de controversias, sino un aliado para que los problemas que puedan haber surgido entre proveedores y entidades se puedan solucionar de la mejor manera posible.

En cuanto al arbitraje *ad-hoc*, también estamos revisando nuestros procedimientos para la designación de árbitros y las recusaciones. Tenemos ya bastante información de ámbitos, de espacios de mejora en el servicio que brindamos y también necesitamos la colaboración de los usuarios para poder trabajar estas mejoras y que sean, efectivamente, o mejor dicho, que tengan un efecto real.

Y, finalmente, la junta de resolución de disputas, seguramente muchos de ustedes ya han enviado sus comentarios porque prepublicamos un proyecto de directiva, hemos recibido infinidad de comentarios al respecto, lo cual es sumamente saludable y se está pensando luego de la respectiva evaluación y tabulación, volver a prepublicar para que ustedes puedan volver a opinar y acercarnos cada vez más al mecanismo más eficiente.

¿Cómo pretendemos lograr esto? Utilizando tres, digamos, grandes líneas de trabajo: una primera es el cambio cultural.

De alguna manera, en algún momento de la historia, contratación pública se ha convertido en una argumentación legal, cuando de eso no se trata. La contratación pública es una herramienta que permite la satisfacción de necesidades; la parte legal es importante, pero no debe ser el centro y eso es lo que implica cambiar un poco la mentalidad. Pensar en procesos, pensar en roles, pensar en tiempos de respuesta, ponernos metas, trabajar

pensando en brechas que hay que cerrar para poder brindarle al ciudadano, que es el que tiene que estar en el centro de las decisiones del Estado, el mejor servicio posible.

Para poder lograr esto tenemos que poder llegar a la gente, haciéndolo de manera personal con papel, eso va a ser muy difícil, por eso necesitamos incorporar tecnologías de la información. En los proyectos que ya les he mencionado, pero todos los cuales se vinculan con el rediseño de la plataforma electrónica Seace, lo que venimos trabajando con un proyecto del Banco Interamericano de Desarrollo, cuyos resultados esperamos ver en uno o dos años, pues, como imaginarán, es un reto de grandísima envergadura.

Finalmente, estas tres líneas de trabajo no las puede abordar sólo el OSCE. Para eso recurrimos y recurriremos a los agentes involucrados en el sistema de contratación pública: proveedores, entidades, organizaciones civiles, en tema arbitral por supuesto los árbitros y los secretarios arbitrales y de manera muy importante y muy especial a la Academia, porque es el espacio que nos va a permitir levantar información desapasionada, información con base científica de cuáles son estas cosas que valen la pena que acojamos, cuáles debemos mejorar, cuáles debemos descartar, para evolucionar hacia un sistema en donde la satisfacción de las necesidades sea la noticia de todos los días, y no lo que ha venido pasando, que es mostrar la problemática y la insatisfacción en nuestro país.

Muchas gracias a todos por estos minutos de su tiempo y nuevamente agradecer a Silvia por la oportunidad de poder acompañarlos.

Silvia Rodríguez: Agradecemos a Sofía por sus palabras y la universidad definitivamente está en ese camino y esperamos verte constantemente por acá para que nos traigas novedades también.

Muchas gracias.

MESA 7: IMPACTO DEL DERECHO CIVIL EN LOS ARBITRAJES CON EL ESTADO

Gonzalo García-Calderón Moreyra (moderador)

Juan Espinoza Espinoza

Mario Castillo Freyre

Elvira Martínez Coco

Presentador: Entonces, siguiendo con el programa, vamos a pasar a la primera mesa de esta noche, que está titulada «El impacto del derecho civil en los arbitrajes con el Estado», cuyo moderador es Gonzalo García-Calderón Moreyra, socio fundador del Estudio García-Calderón y Abogados y tiene como ponentes al doctor Juan Espinoza Espinoza, que es árbitro y profesor de derecho civil de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú, al doctor Mario Castillo Freyre que es socio fundador del Estudio Mario Castillo Freyre y, al lado, la doctora Elvira Martínez Coco, que es socia del Estudio Elvira Martínez Coco y Asociados, los recibimos con unas calurosas palmas.

Gustavo García-Calderón: Antes que nada, agradecer la invitación de la Pontificia Universidad Católica, agradecer a Silvia por su constante esfuerzo, por llevar adelante estos congresos y la verdad es que el Décimo Tercer Congreso es un lujo, más aún, teniendo en esta mesa a extraordinarios profesores universitarios y mejores personas; es decir, ya los presentaron, pero hablar de Juan Espinoza, de Mario Castillo y de Elvira Martínez es, evidentemente, hablar del derecho civil peruano y más aún en materia arbitral, los tres son extraordinarios árbitros, muy cotizados no sólo nacional sino internacionalmente.

Sin más preámbulo, voy a dar inicio a esta mesa, dándole el uso de la palabra al doctor Juan Espinoza que nos va a hablar sobre el tema «Más allá del *contratto alieno*».

Juan Espinoza Espinoza: Bien, muy buenas noches. Cuando se me pidió participar en este evento, tenía la gran duda de qué cosa hablo, la verdad. Elvira Martínez —yo también—. Entonces, conversando con Luciano que, lamentablemente, no está acá, me hizo conocer un librito que me gustó mucho, de un profesor Giorgio De Nova, que se llama *El contrato ajeno*.

¿Qué nos dice este libro? Que en este mundo globalizado —obviamente él hablaba de la experiencia italiana, pero se aplica perfectamente a la de nosotros— en la actualidad se están celebrando contratos, pero se están filtrando, se están insertando, se están trasplantando —como le gusta decir a alguno— categorías del *common law*.

Entonces, a veces nos encontramos con ciertos problemas porque, si tenemos que aplicar el derecho nacional, cómo interpretar estas normas, típicas del *common law* en nuestro sistema. Y, justamente, el trabajo, tanto de los abogados; y, evidentemente, de los árbitros, es ver si estas categorías pueden ser aplicadas en nuestro sistema o, de lo contrario, no.

Y, justamente, Giorgio De Nova, llamaba a este fenómeno, a propósito de los contratos que se genera alguna suerte de un contrato extraterrestre, un contrato totalmente ajeno al que estamos usualmente habituados.

Voy a dar tres casos: lo de las cláusulas de fusión, las disrupciones y la frustración del contrato.

Ya he estado viendo, es más, con Elvira hemos visto un caso de este tipo, estas *entire agreement clauses* o *merger clauses*, traducidas en español serían ‘cláusulas de fusión’, en las cuales lo que las partes acuerdan, obviamente, en los contratos del Estado también figuran estas cláusulas, por eso lo comento, que lo que va a primar es lo que está escrito y acordado en el contrato definitivo, sin tenerse en cuenta las tratativas o documentos preliminares.

Y ahí tienen un ejemplo de, más o menos, cómo sería, que en un contrato se establece que éste reemplaza cualquier otra negociación, acuerdo y declaraciones realizadas o datadas antes de la fecha inicialmente establecida.

No se preocupen respecto del Power Point, hay un blog que se llama «materialesensenanza.blogspot.com» y tienen acceso a estas presentaciones, así que, entonces, el primer problema que tenemos es esto, tenemos una serie de reglas de interpretación del contrato en materia de derecho

civil, entonces, si estas cláusulas de fusión colisionan con las reglas de interpretación que tenemos en el Código Civil, recordarán que tenemos la interpretación sistemática, y es curioso porque la primera discusión en lo que a las reglas de interpretación que tenemos en el Código Civil se refiere es que si estas reglas de interpretación son normas imperativas o cabría pactar de manera distinta.

Yo ahí tengo mis serias dudas si se puede pactar de manera diversa a lo que está establecido según las reglas de interpretación del Código Civil porque las reglas son: buena fe, interpretación sistemática, interpretación causalista, y me cuesta entender cómo se puede pactar de manera diversa a esos tres principios básicos.

Sin embargo, en el caso de las cláusulas de fusión —esto también lo dice la doctrina que estoy siguiendo que es Giorgio De Nova, más allá de establecer una regla de interpretación, un criterio de interpretación, en buena cuenta lo que hacen es proteger al texto contractual de manipulaciones interpretativas.

Cuántas veces no hemos leído en argumentos o escritos de abogados, un poco que para desvirtuar lo acordado en el contrato definitivo, se ponen a citar descontextualizadamente partes de contrataciones, negociaciones previas, pero, incluso, para aquellos que piensan que no son imperativas o tanto para aquellos que pensamos que sí son imperativas, las *merger clauses* o cláusulas de fusión sí pueden ser aplicadas dentro de nuestro sistema.

En buena parte, lo que las partes, los que están celebrando el contrato, lo que están diciendo es «bueno señores por más que haya habido declaraciones anteriores, nos estamos poniendo de acuerdo que lo que manda es el contrato definitivo», hasta ahí todo bien.

Ahora saltamos a las *disruptions*, a las ‘disrupciones’, y acá lo único que voy a ser es ser parlante de una tesis que acaba de sustentar Cristian Collantes, que he tenido la magnífica oportunidad de ser su asesor, y primero defino lo que son las disrupciones: «interferencias a la secuencia constructiva programada por un constructor por causas imputables al propietario».

Las *disruptions* o disrupciones no vienen de una ley en específico, parten de esto que se llama el *soft law*; vale decir, son buenas prácticas, en este caso, en el sector de la construcción y figuran, por ejemplo, en el Delay and Disruption Protocol del Reino Unido, también de la Asociación Americana de Ingeniería de Costos, entre otros. Entonces, estas interferencias

en la secuencia constructiva, obviamente, van a afectar el tema de cargas y obligaciones dentro de las partes en el contrato; y, evidentemente, generan un problema de mayores costos.

En la experiencia arbitral que he tenido, lo que he visto es que también las *disruptions* pueden ser acogidas por nuestro sistema civil vía resarcimiento, particularmente, en la contratación pública, pese a que no han sido recogidas expresamente por la Ley de Contrataciones del Estado, tanto en el ámbito privado como en el ámbito público.

Pero no es necesario referirse propiamente a las *disruptions*, sino a figuras que tenemos en nuestro sistema: responsabilidad civil contractual, concretamente, inejecución de las obligaciones o de las prestaciones, inobservancia de cargas, omisión a los deberes de colaboración, entre otros, o información.

Mientras que en el ámbito público sabemos que existe la aplicación supletoria del Código Civil y también por el principio de equidad; o sea, podemos llegar a lo mismo aplicando figuras de nuestro propio sistema.

Y, por último, me refiero a la frustración o a la *frustration*, como quieran, que la he visto invocarse en varios arbitrajes y concretamente en dos arbitrajes que les voy a mencionar que son, en los cuales ha sido parte el Estado: en uno estaba el Ministerio del Interior y en el otro una empresa estatal.

Ahora, qué es esto de la frustración del contrato. Primero, en lo que tenemos que centrarnos es que cuando se habla de la frustración de contrato, estamos frente a la imposibilidad de realizar la finalidad del contrato; no lo confundamos con la imposibilidad sobreviniente que se refiere a la prestación. Esto, independientemente, respecto del comportamiento de las partes.

Tenemos que irnos ahora sí al sistema jurídico, en el cual ha surgido esta figura, que es el *common law*, pero concretamente el *common law* inglés que, incluso, ahí no hay una teoría general de la frustración, sino que la jurisprudencia ha ido delimitando poco a poco esta figura en atención a ciertos casos, y la clasificación que ha hecho la doctrina ha sido en razón de su naturaleza o, a veces, a propósito de los contratos específicos en concreto.

¿Cuáles podrían ser las causas de la frustración? La ilicitud. Puede ser que, en un contrato, después por interferencia del Estado, se dicte una ley

en la cual se prohíba celebrar o establecer relaciones jurídicas con alguna de las partes. Obviamente, esta ilicitud no debe referirse a un aspecto secundario del contrato, sino justamente sobre la raíz económica del mismo.

A veces puede suceder que se da la frustración del contrato por la destrucción material del objeto, materia de la relación jurídica o del medio del cual nos valemos para cumplir la prestación.

En el caso concreto de la prestación de servicios puede darse por la imposibilidad física del deudor, que puede ser por muerte o por incapacidad o por alguna situación particular.

Recordarás, Elvira, ese ejemplo que ponía nuestro colega y amigo, Lizardo Taboada, que imagínense una persona, un millonario excéntrico contrato a un tenor o a una soprano, lo que quieran, para que le dé una función privada de unas cuantas áreas de ópera y pactan en un día y una hora, pero en este ejemplo que es bastante descriptivo, pero bastante ilustrativo, ese día este acreedor, esta persona que contrató al tenor o a la soprano tiene una enfermedad que se vuelve sordo. El tenor puede venir; la soprano puede venir, puede cantar todas las áreas que quiera, pero el acreedor no va a poder disfrutar de esa prestación. Ésta es la figura que nos hace entender más lo que es la frustración del contrato.

La prestación se puede realizar, pero la función individual práctica, por la cual se realizó ese contrato, ya no se realiza o ya no se realizaría.

Y, el último caso, justamente son los casos de la corona, que son los más conocidos. Este caso del rey Eduardo VII que se iba a coronar, se alquilaron los balcones de la calle principal donde iba a pasar toda la comitiva, resulta que se enfermó el rey y no hubo desfile y no hubo corona; y, justamente, se celebraron algunos casos en los cuales sí hubo compensaciones respecto de aquellas personas que habían alquilado esos espacios y no pudieron ver a este rey.

Pero lo cierto es que, cuando se invoca este precedente, incluso, en el *common law* inglés, pocas veces ha sido acogido.

Acá se tiene que trabajar o se trabajaba con la *construction theory*; o sea, uno tiene que reconstruir un contrato y determinar si ha habido un radical cambio en la obligación.

Hay, obviamente, jurisprudencia al respecto, y lo importante que se tiene que hacer acá es la interpretación global del contrato, darnos cuen-

ta de la función económica y determinar, efectivamente, si ha habido un cambio radical del mismo.

En el *common law* también se ha acogido la teoría de la *frustration*, pero ellos hablan de la frustración del propósito, incluso, han incorporado un *reinstatement*, el 265, en el cual se le define.

Pero, sin embargo, en el derecho inglés, la *frustration* tiene poca aplicación práctica. Y acá se hace una advertencia que es plenamente aplicable en nuestro sistema que, a veces, este remedio es invocado de manera injustificada, temeraria o abusiva.

A veces, cuando las partes han hecho un contrato y se dan cuenta que al final resultó siendo un mal negocio porque uno tiene que gastar más dinero, suele invocar esta figura. Incido en la diferencia de la frustración del contrato con la imposibilidad sobreviniente.

Me voy a permitir leerles el artículo 1431 del Código Civil: «En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho, en este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido».

Entonces, repito, acá hay imposibilidad de la prestación, la prestación no puede realizarse, en el caso de la frustración del contrato, la prestación puede realizarse, pero carece de interés que se realice para el acreedor.

Bien, esto ya lo dije. Acá, de repente, tenemos que detenernos un momento en definir qué cosa es la causa, a veces, la causa es confundida con los motivos, y acá por causa debemos entender «la función individual práctica»; el «para qué», el «porqué» se celebra, en este caso, el contrato».

Lo que sí... a la conclusión a la que he llegado, en particular, es que la *frustration* o la frustración no puede ser aplicada en nuestro sistema por un simple motivo. La sanción de la frustración es la resolución y no un sistema como el de nosotros: la resolución se produce o por acuerdo entre las partes previamente establecido o por ley.

En este caso, al no estar regulada la frustración, no está regulada la consecuencia; y, desde mi punto de vista, ni un juez o un árbitro podría ordenar la resolución del contrato, por cuanto no está regulada expresamente esta figura.

Esto ya lo dije, obviamente, la doctrina nacional se ha ocupado sobre el respecto, ha incidido en la finalidad que la frustración, en el caso de ser

declarada, tendría efectos retroactivos. En algunos casos se podría aplicar la resolución, en algunos casos el resarcimiento y acá hay que ver la actuación de buena fe de la parte.

Pero, se incide que son supuestos totalmente extremos y excepcionales. Y acá hay un fenómeno común. En los ordenamientos europeos hay ciertas categorías paralegales; en Italia, por ejemplo, se habla de la *presuppositione*; los alemanes también tienen otras figuras que no pienso ni pronunciarlas, porque no sé cómo se hace, pero en Francia sí se habla de *les prévisions*, 'frustration' en el *common law*. Pero, simple y llanamente, acá lo que nos revelan, como dice este profesor, son lagunas en el ordenamiento jurídico.

Una realidad cercana a la de nosotros, Argentina, tenemos el código vigente, el que entró en vigencia en el año 2015, ya ha regulado de manera específica la frustración del contrato, y le da como sanción la resolución.

Las características que, justamente, se ponen es que se trata de causales sobrevenidas, totalmente ajenas a la voluntad de las partes y un cambio de circunstancias objetivas del mismo.

La doctrina argentina habla de que se trata de un supuesto de ineficacia y se hace particular incidencia en que el acreedor es el que pierde interés en el cumplimiento del contrato, porque quedó desprovisto de su sentido original.

Hay una serie de requisitos que los voy a mencionar muy rápidamente: que se trata de un negocio, de un contrato válido, unilateral, conmutativo, de discusión diferida, continuada o periódica, tiene que estar pendiente de ejecución el contrato, tiene que estar dotado de un fin, una causa.

La prestación aún tiene que ser posible, pero que ha desaparecido el interés por parte del acreedor. Ese cambio es ajeno a la voluntad de las partes.

¿Ya estamos con el tiempo?

Gonzalo García-Calderón: No, todavía no, cinco minutos.

Juan Espinoza Espinoza: El desinterés del acreedor no debe serle imputable.

Voy a saltar a los dos casos que se han presentado en la experiencia nacional. Adelanto que, en materia probatoria, quien invoca la frustración, tiene la carga de decir por qué justamente se han presentado esas causas externas y por qué se ha presentado ese desinterés en el cumplimiento.

Bien, acá tenemos un caso de un Consorcio con el Ministerio del Interior, que se había ganado una licitación para que se le dotase de una cantidad de patrulleros. Y, ¿qué resultó?

El Ministerio, después por una resolución, resuelve el contrato y contrata a otro Consorcio, y lo que hace, justamente, este Consorcio —al que le anularon el contrato— es invocar la frustración.

Y, vamos a ver qué cosa dijo este tribunal: «no se aplica la doctrina de la frustración, porque no se ha producido un hecho ajeno imprevisible, sino que, simplemente, el contrato no ha sido realizado por el accionar del mismo Ministerio; y, posteriormente, contrataron este suministro de patrulleros con terceros.

En estricto, el «para qué» —la causa— no se ha frustrado porque el Ministerio necesitaba igual los patrulleros. El interés subsiste, pero lo ha conseguido por otra vía.

O sea, uno de los grandes problemas es que también se plantea inadecuadamente la frustración.

Y otro caso, que era entre una empresa privada y una empresa del Estado, que era un contrato de cesión, de posición contractual y había toda una discusión por la asunción de pasivos ambientales, justamente, una de las partes invocaba la frustración del contrato.

¡Ah! y, curiosamente, lo que decía esta parte es que la frustración era acogida en nuestro sistema; y, curiosamente, citó como precedente el caso que les había mencionado. Ese caso en el que invocaron mal la frustración.

¿Qué cosa dijeron los árbitros? Y aquí sí, por unanimidad, la teoría de la frustración contractual no ha sido acogida en el derecho peruano.

Y, para resumir, repito, la teoría de la frustración del contrato no ha sido acogida en nuestro sistema, incluso, en el caso de que se pretenda invocar, el gran problema va a ser siempre qué posibilidades tiene el juez o el árbitro de declarar resuelto un contrato cuando, dentro de nuestro sistema, la resolución se da, o por acuerdo entre las partes o que sea establecida por ley.

Este último grupo de trabajo que ha propuesto reformas para el Código Civil ha introducido la figura de la frustración del fin del contrato, y cierro solamente haciendo mención de justo en la experiencia argentina, también antes del año 2015, que se acoge la figura legislativa de frustración del contrato, la jurisprudencia había asimilado esta figura, pero había

el gran problema de que, como no había una norma específica, era una jurisprudencia bastante contradictoria, en las cuales, a veces, se hablaba de resolución, a veces, se hablaba de indemnización o, a veces, no se le reconocía. Y yo creo que, por un tema de certeza en las relaciones jurídicas, por el momento, hasta que no sea recogida legislativamente, creo que no debería prosperar una pretensión de frustración.

Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón: Agradeciendo la exposición brillante de Juan, yo quería aprovechar para hacerle una pregunta: el Perú forma parte de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de 1980 y ésta regula el *hardship*, ¿qué, en principio, sólo se aplica para caso fortuito y fuerza mayor? Sin embargo, algún sector de la doctrina ha entendido que se extiende la frustración para el fin de los contratos en este tipo de modalidades contractuales, mi pregunta es muy concreta: existiendo un tratado del cual el Perú forma parte, ¿podría hacerse una interpretación extensiva respecto a la Ley y Reglamento de Contrataciones con esta figura que tú nos has comentado?

Juan Espinoza Espinoza: Yo tengo mis dudas porque, repito, si bien es cierto hay esta disposición a nivel internacional que creo que formaría parte de este *soft law*, desde mi punto de vista, si tenemos una percepción legalista de la situación, mientras no haya habido una ley o no haya habido un acuerdo entre las partes, veo sumamente difícil que se acoja esto, pero igual la argumentación que tú propones, es una argumentación válida. Para mi posición —de repente poco de legalista— no debería prosperar.

Gonzalo García-Calderón: Gracias.

Vamos a pasar a la segunda exposición, invitaría a la doctora Elvira Martínez Coco, para que nos hable sobre «La suspensión de las obligaciones contractuales por inicio del procedimiento arbitral, así como las penalidades que se generan en este tipo de contratos».

Adelante, doctora.

Elvira Martínez Coco: Gracias, Gonzalo.

Les ruego a todos que me disculpen. Estoy un poco afónica por una serie de audiencias consecutivas, pero voy a tratar de hacer mi mejor esfuerzo porque he venido asistiendo durante muchos años a este Congreso que organiza también la Católica y de tan alto nivel, y no podía dejar de estar en este trece, es un número importante; cabalístico.

Tengo que hablar de un tema que no lo elegí yo, me lo dieron. Entonces, pensé en un principio, pensando de muy mala fe: «¡Ah!, no quieren que yo hable, entonces, me han dado un tema feo para que yo no hable».

Pero, no hay temas feos, ¿no es cierto? Todos los temas pueden volverse lindos y apasionantes, pero antes de entrar a ese tema, como no puedo con mi genio, Juan permíteme unas cuestiones sobre los temas que nos has traído a reflexión el día de hoy.

El tema de las cláusulas de fusión, para mí arranca del problema de copiar por copiar, ¿no es cierto? O sea, traemos lo extranjero, lo copiamos, y los operadores jurídicos no lo comparan con el ordenamiento jurídico peruano en lo que puede colisionar y en lo que no puede colisionar, y después, gracias a eso, los árbitros tenemos mucho trabajo.

Juan Espinoza Espinoza: ...y los abogados para hacer los informes.

Elvira Martínez Coco: Exacto, y los abogados también, para aclarar luego.

¡Ah!, no se extrañen del trato que tenemos Juan y yo. Fuimos compañeros de carpeta en la Universidad de San Marcos; estudiamos juntos; y como verán, él es un poco mayor que yo.

No, mentira, yo soy diez años mayor que él, pero siempre me río de eso porque a él la vida lo ha castigado.

Juan Espinoza Espinoza: Lo que pasa es que tú has hecho pacto con el diablo.

Elvira Martínez Coco: Bien, entonces, creo que en estas cláusulas de fusión, se origina no en que sea inadecuado exportar lo que otros van haciendo, sobre todo, se trata en materia de contratos novedosos en el mercado, de lo nuevo que va saliendo, sino en no hacerlo conversar de manera adecuada con nuestro ordenamiento jurídico, de modo tal que no surjan estos problemas de interpretación, porque, sobre todo, creo que en materia interpretativa es difícil saltar con garrocha el principio general de buena fe, entre otros.

En segundo lugar, en relación a las disrupciones, yo creo que lo vemos mucho en el campo de los arbitrajes en materia de contratación con el Estado.

Todos los que están en esa área saben que en más de una ocasión se presentan interferencias que impiden la normal ejecución del contrato; y,

pues, éstas son disrupciones en la ejecución contractual que dan lugar a que se tengan que reparar una serie de daños y perjuicios.

Y en relación a la frustración del fin del contrato, yo creo que no hay que tenerle miedo a acoger la frustración del fin del contrato.

Yo recuerdo mucho, no porque lo haya aplicado, pero sí estudiamos con ese Código, el Código de 1936, recordarás...

Juan Espinoza Espinoza: Yo creí que tú trabajaste con el de 1852.

Elvira Martínez Coco: Vivimos el cambio Juancito, vivimos el cambio, y cuando estudiamos con el Código de 1936, recordarás que había una norma parecida a la del artículo de la buena fe regulado en el Código Civil, y sobre la base de la aplicación de una norma casi exactamente igual a la que tenemos ahora, cuando no estaba regulada la excesiva onerosidad de la prestación, que en esa época la llamaban «teoría de la imprevisión», se discutía o no su incorporación al Código, perdón su aplicación.

Y la jurisprudencia nacional, en ese caso, no arbitral sino la jurisprudencia nacional, se dividió en dos sectores, uno comandado por don José León Barandiarán y el otro comandado por Felipe Osterling Parodi, ambos interpretando el principio general de la buena fe; uno de manera restrictiva y el otro de manera extensiva, uno para que se acogiera la teoría de la imprevisión sobre la base de la aplicación de la buena fe, y la otra para que no se acogiera sobre la base de la misma aplicación.

Saltando los temas, estamos prácticamente frente a una situación bastante similar, que podría llevarnos a la misma discusión, si supletoriamente el Código Civil podría permitir la frustración del fin del contrato sobre la base de una interpretación del principio general de la buena fe.

Ahí lo dejo para que conversemos después antes que me quede sin tiempo...

Juan Espinoza Espinoza: Una cosa chiquitita no más...

Elvira Martínez Coco: Sí, interrumpe lo que quieras, no más, así lo hacemos más ameno.

Juan Espinoza Espinoza: ...sino que, sobre todo por el Poder Judicial; pero, lamentablemente, también en algún escenario arbitral; o sea, ya habiendo normas tan claras, a veces, tenemos jurisprudencia que va en un sentido como en otro, imagínate en algo que ni siquiera ha sido regulado, ¿no?

O sea, por eso, cuando Gonzalo me hacia la pregunta decía, quizá mi percepción es demasiado legalista para este tema no, pero creo que tenemos que manejanos con suma cautela con esta figura que, a veces, la aplican sin entenderla.

Elvira Martínez Coco: Sí, sobre todo, ahora que estamos pasando por una ola problemática en materia de arbitraje en contrataciones del Estado, pero yo creo que eso no nos debe de llenar de miedo para hacer las cosas que consideremos correctas en cada oportunidad en que debemos de hacerla.

Juan Espinoza Espinoza: Cautela, doctora, cautela.

Elvira Martínez Coco: Cautela, prudencia, sí, pero no estatismo tampoco, doctor. No ha sido siempre su forma de ser.

Vamos para adelante.

El tema que me han puesto sobre la mesa es de «la suspensión de las obligaciones contractuales por inicio del procedimiento arbitral», y lo primero que quiero que recordemos todos nosotros es que cuando hablamos de obligación, hablamos como contrapartida también de derechos. Una de las partes tiene una obligación que ejecutar; un comportamiento que realizar dentro del marco del contrato, y la otra parte tiene el derecho de exigirle a ésta dicho comportamiento.

Al fin y al cabo, cuando hablamos de esto, estamos hablando de dos caras de una misma moneda: uno tiene la obligación de realizar el comportamiento y el otro tiene el derecho de exigir la obligación. También estamos hablando de que al suspender la obligación que uno tiene que ejecutar, también estamos suspendiendo el derecho que tiene el otro de exigir el cumplimiento de dicha obligación.

Si esto nos queda claro, obviamente, desde el punto de vista, me imagino que, de todos nosotros, estamos frente a una situación anómala; frente a una situación extraordinaria porque la regla es el cumplimiento de la obligación, de acuerdo a aquello que se ha pactado.

¿En qué casos puede darse esta situación de suspensión de las obligaciones? En la situación más fácil es por acuerdo de las partes; las partes son soberanas y las partes pueden acordar que esto se dé.

La actual Ley de Contrataciones, en su artículo 176.9 ha introducido una novedad en la Ley de Contrataciones, y es que, por acuerdo de las partes, se puede diferir la fecha del inicio de plazo de ejecución de la obra.

¿Qué cosa nos dice el 176.9 del actual reglamento? Nos da esta posibilidad, en primer lugar, cuando la estacionalidad climática no permite el inicio de la ejecución de la obra hasta la culminación de dicho evento. Obviamente, estamos hablando de un supuesto de caso fortuito, sin ninguna duda; y, en el segundo lugar, en caso la entidad se encuentre imposibilitada de cumplir con las condiciones previstas en los literales a) o b) del numeral 176.1, que es que la entidad notifique al contratista quién es el inspector o supervisor; y el b) que la entidad haya hecho entrega total o parcial del terreno, lugar donde se ejecuta la obra, según corresponda.

Un *check* para el literal a) porque es una causa no imputable a las partes; y, obviamente, se acuerda esto, y la segunda es un salvavidas a la entidad que no ha hecho lo que debía. Pero es un salvavidas que tiene que ser acordado con la otra parte.

Yo les pregunto en voz alta: ¿qué contratista va a acordar esto cuando, si no lo acuerda tiene la posibilidad de exigir los daños y perjuicios que le otorga la Ley de Contrataciones con su reglamento.

Entonces, finalmente, pues es un saludo a la bandera. Está muy bonito; pónganlo en un cuadro; enmárquenlo, ahí va a quedar. No sirva de más nada porque habría que ser un tonto para renunciar a un derecho económico que sí te da la ley y el reglamento, sencillamente, por nada.

Entonces, el acuerdo de las partes a mí me parece muy difícil que se lleve hacia adelante. Luego, lo que sí sucede en la práctica es por mandato del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral ordena, en determinados momentos, la suspensión de determinadas obligaciones, y lo que sucede muchísimo, últimamente, es que se está pidiendo la suspensión de la aplicación de penalidades, y que se ordene también que la entidad no resuelva el contrato, mientras no sea laudada la controversia que está a la vista del tribunal. Y, ¿qué es la controversia? que, obviamente, tiene que estar ligada a la imposición de las penalidades o a la posibilidad de que se resuelva el contrato.

¿Qué cosa es lo que hacemos en la mayoría de los casos ante esta situación? Es analizar, obviamente, la relación de causalidad entre lo que se nos está pidiendo, a nivel de una medida cautelar para que se suspenda la aplicación de penalidades que puede ser una medida cautelar innovativa puede ser no innovativa, dependiendo de que ya se hayan aplicado penalidades o que todavía no se hayan aplicado. Por lo tanto, en un caso

sería, dejen de aplicarme lo que ya me vienen aplicando, y en el otro caso, no me comiencen a aplicar.

Entonces, puede ser de innovar, puede ser de no innovar, dependiendo del caso.

¿Qué es lo que venimos haciendo? Pues, normalmente, si guarda ésta, relación con lo que nosotros después vamos a laudar, pues, obviamente, decimos que no se imponga... que no se impongan para que no haya un asfixiamiento de orden económico al contratista que le impida terminar de ejecutar la obra porque, al final, si no se termina de ejecutar la obra, sinceramente, no es que se sea pro contratista, como a veces se piensa, no, se termina siendo pro Estado. Porque cuando no se termina de ejecutar la obra, estamos hablando de una obra...

¿Qué me está diciendo, que me faltan cinco minutos? No, acá ha habido una disparidad en el conteo.

Gonzalo García-Calderón: Yo estoy manejando el tema. Tú sigue, no más.

Elvira Martínez Coco: Tú estás manejando el tema. Usted... Le echo *liquid paper*. Muy bien. Entonces, sigamos rápidamente.

Nada. No se preocupe. A una persona tan simpática no la vamos a echar así...

Juan Espinoza Espinoza: No te metas con ella porque te va a convertir en sapo.

Elvira Martínez Coco: Voy a resumir. Espérate después, no más.

Bueno, muy bien, entonces, en estos casos, hay que analizar que estén realmente vinculadas para no causar todavía un mayor daño al Estado porque tener que volver a licitar la obra por el saldo parcial, etc., etc., es una cuestión que, en primer lugar, va a encarecer la obra porque se tiene que hacer a precios actuales, cuando sale la nueva licitación, siempre va a salir más caro. Sale más caro para el Estado, sale más caro para nosotros porque el Estado vive de nosotros, es decir, vive de sus impuestos.

Y estamos siempre ahora que se va a alargar más. Entonces, más eficiente, más económico y más rentable para el Estado, desde mi punto de vista, pues, es esta suspensión que no se ha... o el contratista termine de ejecutar la obra.

Otro tema importante es, y con esto voy a acabar, es el tema de las cartas fianza. También se nos pide que se suspenda la ejecución de las cartas

fianza y, en algunos casos, también se nos pide la devolución de las cartas fianza.

Yo quiero decirles que, en algunos casos, yo he ordenado por mi tribunal que se devuelvan las cartas fianza. ¿En qué casos se ha ordenado la devolución de las cartas fianza? He ordenado la devolución de las cartas fianza, señores, en un caso que me parece que es totalmente lógico y compatible con lo que es una carta fianza.

Les voy a explicar. Cuando ustedes están discutiendo, en sede arbitral, la liquidación de un contrato. Y en esa liquidación de un contrato hay un saldo favorable al contratista, y lo que se está discutiendo es el monto favorable. El monto favorable. ¿Es posible mantener la carta fianza de garantía de fiel cumplimiento? Ya se cumplió en su totalidad. No se está discutiendo ningún saldo a favor de la entidad, se está discutiendo el monto del saldo a favor del contratista. Lo accesorio, señores, nos lo enseñaron en primer año de derecho, sigue la suerte de lo principal y esa carta fianza debe ser devuelta.

Y otra vez, ¿porque se sea pro contratista? No señores. Ese razonamiento termina siendo pro Estado, porque ese laudo, ¿va a ordenar qué cosa después? ¿Que los costos financieros los asuma quién por ese tiempo de exceso? El Estado. Y otra vez ese dinero saldrá del Ministerio. El dinero que llegó al Ministerio salió de nuestros bolsillos y todos pagamos por aplicar literalmente.

Un artículo de la Ley de Contrataciones que dice que tienen que mantenerse durante toda la vigencia del contrato. Y existen tribunales arbitrales con orejeras que los aplican a rajatabla.

¿Una carta fianza debe o no debe disminuirse si ya se ejecutó parcialmente la obra? Si el monto es menor, también debería de, realmente, reducirse porque debería seguir la suerte de lo principal, como pasa, por ejemplo, con la carta fianza de adelanto de materiales. ¿O no se va disminuyendo paralelamente?

¿Qué cosa sucede en este caso? En este caso, creo yo, gracias a Dios, la voz del derecho civil ha ido ingresando en el derecho administrativo.

Siempre el derecho administrativo nos ha querido ver como un patito feo, ¿no es cierto?, al derecho civil. Y ha querido decir: «no, no se debe de aplicar el derecho civil en materia de contratación». Llegan al absurdo de que se pidan una serie de requisitos para ser árbitro, menos el conocimien-

to del derecho civil, que es lo que supletoriamente se aplica más en materia de contrataciones.

Si alguien debiera saber derecho civil, es quien arbitra en materia de contrataciones con el Estado. Sin embargo, ése no es requisito.

Y el derecho civil que lo aplicamos tanto ha contribuido, a través de los laudos, a enriquecer a la contratación pública.

La última Ley de Contrataciones, señores, voy a destacarla, y con esto termino, ha incorporado lo que veníamos haciendo algunos tribunales arbitrales en materia de, justamente, la carta fianza.

¿Y qué cosa es lo que ha dicho? Que cuando ya se ha señalado en el cuaderno de obra que se ha concluido con la obra, ahora se le da al contratista el derecho de pedir la reducción de la carta fianza de garantía de fiel cumplimiento, señores, del 10% al 5%. ¿Por qué? Porque ya garantiza muchísimo menos. Ya garantiza, prácticamente, casi nada. Y también da la posibilidad de que cuando la liquidación del contrato, lo que veníamos diciendo hace bastante tiempo en la liquidación del contrato solamente se discute un saldo favor del contratista, la carta fianza será devuelta.

Entonces, siento que, de alguna manera, nos están oyendo, y siendo que somos hermanos, que no somos enemigos, y que se va entendiendo que todos estamos en el mismo camino para hacer de nuestro país y de la contratación pública, una contratación cada día mejor.

Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón: Agradeciéndole la acuciosidad y la profundidad de la presentación, quiero preguntarte, Elvira, esta interpretación que podríamos llamar de realidad *vs.* legalidad; es decir, esta literalidad de la norma de que no se puede devolver la carta fianza hasta que no haya culminado el procedimiento arbitral, y tú has señalado que hay que ser realista porque, finalmente, no garantiza nada y lo que está en discusión en ese caso específico e hipotético que tú has puesto, es que lo que se encuentra es, simplemente, si le pagan tres o treinta al contratista.

La pregunta muy puntual y muy concreta es, ¿tú crees, y éste es el temor, evidentemente, de muchos de los árbitros, éste es un seminario sobre arbitraje, los árbitros tenemos la vigilancia, estamos supervisados, si cabe el término, estamos fiscalizados por el Poder Judicial y a través de la anulación del laudo, muchas veces los jueces pasan por encima de la literalidad del artículo 62, segundo párrafo de la Ley de Arbitraje que señala que «no

pueden ingresar al tema de la motivación, el fondo de la controversia, la interpretación, los criterios que llevaron a los árbitros».

Mi pregunta es muy concreta, ¿tú crees que la Corte Superior, la Sala Comercial, en particular, entenderá esta distinción tan profunda, tan acuciosa que has hecho respecto a la realidad *vs.* literalidad de la norma?

Elvira Martínez Coco: A ver, a mí me han pasado algunas cosas extrañas en función de las salas, ¿no? Cuando el enriquecimiento sin causa, una de las salas me citaba diciendo lo que había dicho yo en un laudo para decir que no era arbitrable. Yo no había dicho eso. La misma cita la utilizaba la otra sala para decir que era arbitrable.

Entonces, nunca podía comprender la lógica de cómo una posición que era muy clara, podía ser utilizada por dos salas de la corte de manera distinta.

Y todos nosotros sabemos que hay dos salas con dos criterios diferentes, y que mientras no exista un pleno, pues vamos a tener esta ambivalencia.

Frente a ello, ¿cuál es nuestra labor? Yo creo que hacer aquello que consideramos justo porque vamos abriendo camino al andar, como diría un poeta. Y no hay que tener temor de hacer lo que es correcto.

En relación a este último tema, cuando hecho prima sobre la realidad aplicando supletoriamente las normas del Código Civil, me he encontrado con que los laudos no han sido anulados. No han sido anulados, lo que en realidad me llena de una profunda alegría saber que, de alguna u otra manera, se está contribuyendo a este desarrollo judicial.

Entonces, yo creo que, si todos nos abocamos a ese camino, y si en ese camino hacemos laudos claros y profundos, debe ser porque la profundidad no tiene nada que ver con el enmarañamiento, sino profundos y claros, entonces, las cortes van a entender y van a acoger estos motivos nuestros.

Gonzalo García-Calderón: Muchas gracias.

Vamos a pasar a la tercera exposición dándole el uso de la palabra al doctor Mario Castillo Freyre para que nos hable sobre los aspectos civiles del arbitraje con el Estado.

Mario Castillo Freyre: Bueno, queridos amigos, buenas noches. Muy grato para mí estar en este panel con tan distinguidos profesores, colegas y amigos, y ustedes público asistente.

Miren, en realidad, yo creo que existe una especie de subvaluación, y en algunos otros casos, ignorancia de la gran importancia que tiene el derecho civil y el derecho contractual dentro del arbitraje; y, evidentemente, dentro del arbitraje en contratación pública.

En primer lugar, durante mucho tiempo se discutió y no sé si se siga discutiendo, pero me parece que el tema, digamos, se habló demasiado sobre un tema que es si el arbitraje en contratación pública era obligatorio o no. Es decir, si estábamos ante un convenio arbitral obligatorio, y ahí habría un punto de partida que constituía una equivocación, porque una cosa es que la ley establezca la obligatoriedad de establecer un convenio arbitral en el contrato, pero otra cosa es que el convenio arbitral sea obligatorio para todo el mundo.

O sea, estaríamos ante la misma situación en la que una empresa cualquiera establezca que cuando contrata con sus determinados proveedores, todos los contratos con sus proveedores, todas sus órdenes de compra, todos los documentos pertinentes, van a contener un convenio arbitral. Ya, pues, tiene derecho a hacerlo.

Pero eso no convierte el convenio arbitral en obligatorio, porque si yo tuviera fobia al arbitraje, si realmente no me agradara que la eventual solución de controversias se ventilara en arbitraje y dijera: «no, cualquier cosa menos el arbitraje», no contrato con esa empresa.

Se me podrá decir: «bueno, pero ¿qué pasa si no contrato con el Estado?». Sí, te puede pasar algo malo, seguramente. Puede quebrar, de acuerdo a lo que te dediques. Pero, técnicamente hablando, contractualmente hablando, eso es voluntario.

¿Contratar con el Estado es voluntario? Y, por lo tanto, si es voluntario contratar con el Estado, el convenio arbitral no es obligatorio; el convenio arbitral es de adopción voluntaria cuando contrate con el Estado.

Ése es un tema que creo que ya está zanjado. Porque, digamos, no deberíamos seguir dando vueltas sobre ese punto.

Hay dos o tres cosas más sobre las que me quiero referir. La segunda es, precisamente, ¿cuáles son las posibilidades, el marco de maniobra de los árbitros, no sólo ante la Ley de Contrataciones del Estado, sino ante la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje? Es decir, se habla mucho en el arbitraje de la flexibilidad del arbitraje.

A mí me da mucho miedo cuando escucho «la flexibilidad del arbitraje» porque dentro del término «flexibilidad del arbitraje» hay aspectos positivos, pero también he visto a lo largo de los años a los que me dedico a esto, barbaridades. «No, pero es que la flexibilidad del arbitraje me permite hacer esto. Ya. Y ya, ¿qué te permite hacer? La barbaridad que piensas hacer».

No, pues, ¿por qué? Porque se olvida una vez más que cuando se pacta un convenio arbitral, cuando se pactan reglas determinadas para un arbitraje, y se asimilan para el proceso que se va a llevar adelante, eso es un contrato. Y, por lo tanto, si has pactado reglas dentro de las cuales se va a discurrir el proceso, esas reglas tienen que respetarse. Me refiero a si las has pactado tú con la otra parte; si las has pactado tú con el tribunal que también seguramente firmó un acta de instalación contigo y con el otro, entonces, todos han pactado que esas reglas se van a aplicar.

Entonces, ahí viene la pregunta. Si se han establecido reglas, si hay un reglamento arbitral aplicable, ya sea por el acta de instalación, si fuese *ad-hoc* o por aplicación del reglamento de la institución arbitral si fuese institucional.

¿El tribunal puede salirse de esas reglas pactadas? Y yo voy a tratar de responder la pregunta.

La regla es que no. Si se pacta una regla, la regla tiene que respetarse porque, en la medida que pateemos el tablero con respecto a alguna regla, la parte que no se viera favorecida con ese patear el tablero podrá invocar naturalmente y con razón la violación de sus derechos. O, de lo contrario, en el futuro también podrá invocar que el tribunal, siguiendo la misma lógica, la favorezca pateando otra regla que la beneficie a ella y la perjudique a la otra.

Por ejemplo, y éste es un caso hasta cierto punto recurrente porque lo he visto varias veces.

Tiene diez días, de acuerdo al reglamento, al acta o lo que fuere, para demandar. ¿Cuántos días, entonces, tienes para demandar? Si has pactado, todos firmaron que tienes diez; tienes nueve; tienes once; tienes quince; tienes veinte o tienes diez. ¿Tienes diez, no es cierto? Y está tu firma debajo donde dice diez o el reglamento arbitral aplicable para cuando dice diez. Son diez, pues, ¿correcto?

¿Y qué si son diez? ¿Por qué el día nueve vas a presentar un escrito, pidiendo que se te prorrogue el plazo para demandar, si son diez? Ya es el primer problema que está causando porque éste es un problema que está causando. Desestimaría de plano este pedido; de plano. ¿Por qué? Porque las consecuencias de estimar un pedido de esa naturaleza son mucho más serias que las de desestimarlos para la preservación del derecho del arbitraje.

Miren, señores, si se plantea la prórroga para la presentación de una demanda, se tendría que tener el acuerdo de la otra para poder modificar el plazo para demandar y contestar o reconvenir. No puede hacerse *motu proprio*. Ahí hay un error gravísimo de muchos tribunales arbitrales, y lo voy a leer, que es una lectura absolutamente equivocada del artículo 34 de la Ley de Arbitraje: «Cuando se dice libertad de regulación de actuaciones: 1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujete el tribunal arbitral en sus actuaciones». Pactar las reglas; te vas a sujetar a estas reglas. Eso es lo que dice el inciso 1. A falta de acuerdo, no pactamos reglas, el reglamento arbitral aplicable, el tribunal decidirá las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. O sea, a falta de pacto, a falta de acuerdo, el tribunal decide. Pero, si hay pacto, si hay acuerdo sobre las reglas, el tribunal no decide; deciden las partes.

Luego dice: «el tribunal deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos».

Eso no es otra cosa que el respeto al debido proceso, que el respeto de las reglas aplicables al arbitraje.

Luego dice en el inciso 3: «si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas», ojo «si no existe disposición aplicable», «no si existe disposición aplicable», los diez días están puestos. No es que, si existe, es si no existe disposición aplicable, en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal, se podrá aplicar de manera supletoria las normas de este decreto legislativo; «si no existe norma aplicable en el decreto legislativo, el tribunal podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales como a los usos y costumbres en materia arbitral». Eso es si no hay regla.

Y luego dice: «4» Y acá mucha gente lee el cuatro sin leer el uno, el dos y el tres. ¿Qué dice el cuatro?: «El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos».

¿Los plazos que qué? «Ampliar los plazos que haya establecido». No los plazos que hayan establecido las partes; los plazos que haya establecido el tribunal.

Un ejemplo concreto. Un perito, el tribunal lo ha designado, y el tribunal ha coordinado con el perito y le ha otorgado, vía resolución, treinta y cinco días para elaborar la pericia y presentarla al tribunal.

Y el perito el día treinta no la va a terminar y presenta una carta pidiendo una prórroga de veinte días más. ¿Quién le otorgó el plazo al perito? ¿El tribunal? ¿Quién le puede variar el plazo al perito, ampliándolo? El tribunal.

Muy bien. ¿Es eso lo mismo que los plazos pactados por las partes para interponer recursos, no sólo la demanda... para demandar, para reconvenir, para los recursos de reconsideración, etc.

O sea, ¿yo puedo variar esos plazos como tribunal arbitral *motu proprio* o puedo variarlos a solicitud de parte contra la opinión de la parte contraria? No, porque estoy violando los términos contractuales.

Por esa razón, hay que distinguir entre lo que dice el inciso 1 del artículo 34, que los plazos pactados por las partes y las reglas pactadas por las partes no se pueden variar, salvo pacto de partes, y el inciso 4 que te dice, precisamente, que el tribunal puede variar las reglas que él establezca... los plazos, perdón, que él establezca.

No es que el tribunal pueda decir: «Ah, no, como el plazo para laudar es treinta más treinta, pero me falta plazo; me pongo treinta más». Otros treinta más, un tercer plazo de treinta días. Es que eso es un plazo pactado. No es un plazo establecido por ti. Si no, todos los tribunales... si no se dedicaran los árbitros a redactar los laudos, podrían prorrogar los plazos, bueno, en términos que quisieran. Ahí sí todo el mundo estaba de acuerdo en que no se puede. ¿Y por qué cuando varían los plazos para presentar la demanda? Además, esto es una cosa de Ripley: presentan la demanda el día 12 y dicen: «No, bueno, no hay problema, pues, que presente el día 12; la flexibilidad. Entonces, le voy a dar al otro, doce días para contestar». ¿Quién te pidió los doce, papito? ¿Quién te pidió los doce? ¿Yo te los pedí? No, porque la diferencia de hacer lo que estás haciendo, violando las reglas y no hacerlo es que, muy sencillo, para ti no te importará, que eres tribunal, pero para mí, demandado, sí.

La diferencia implicará; radica entre ser demandado o no serlo. No, pero es que después te puede demandar. Eso es otra historia, no la tuya. En este proceso, la diferencia es entre ser demandado y no serlo, y que se archive el proceso.

¿Ah?, sí hay diferencia, ¿no? ¿No estás violando mis derechos? ¿Puedes hacer lo que quieras? Yo creo que no. Que no puedes hacer lo que quieras. Sí, de lo contrario, los plazos ¿saben qué serían? Los plazos pactados serían meramente simbólicos. Entonces, ya mejor no los pactamos. Ponemos una regla que diga que los tribunales podrán establecer los plazos y hacer con ellos lo que quieran. Bacán, sería mejor.

Yo he tenido tantas malas experiencias con esto, que ya no sé cómo decirlo. Ya no sé cómo decirlo, la verdad.

Y el último punto al que me quiero referir, que no tiene que ver con éste sino con otra cosa, es decir algo que parecería obvio.

Yo no encuentro en ningún extremo de la Ley de Arbitraje ni de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, una disposición que diga: «queda derogada con esta norma toda normativa de la parte general de contratos del Código Civil. O sea, ya todo lo del contrato no se aplica.

¿Saben por qué digo eso? Porque muchas veces se toman estas normas como si sólo existieran ellas: la Ley de Arbitraje, la Ley de Contrataciones del Estado y el reglamento. ¿Y el Código Civil?; ¿la parte general de contratos, no existe? Sí, pero... ¿No te preocupa lo que diga sobre el tema que estás leyendo en la Ley de Arbitraje? Sí, pero, bueno... ¿No se aplican supletoriamente? Sí, entonces, léelo, pues.

Primer punto. ¿Saben? A mí me enerva este tema.

¿Quiénes celebran el convenio arbitral? ¿Las partes que celebran el convenio arbitral? ¿No es cierto?

Las partes son una y otra. Supongamos que son dos: la primera y la segunda. ¿Y aquella parte que no celebra el convenio arbitral es parte del convenio arbitral? No.

Tenemos nosotros un artículo 13, que es un artículo enorme. El artículo 13... ¿Cuánto me queda?

Gonzalo García-Calderón: Uno.

Mario Castillo Freyre: ¿Una hora? ¿Un minuto? El artículo 13... me van a dar unito más y después me callo.

El artículo 13 dice quiénes celebran el convenio arbitral y después todas las formas que hay de celebrar el convenio arbitral; todas las formas se consideran escrita, a pesar de no ser varias de ellas escritas.

Y el artículo 14, eso que, en general, el medio arbitral llamada «partes no signatarias», las denominadas partes no signatarias en estricto derecho de contratos, su nombre empieza con «t»; se llaman «terceros», y eso está regulado.

Entonces, la gracia del artículo 14 es ver si los terceros pueden ser convocados al arbitraje. Esto no es poca cosa. Yo he visto a lo largo del tiempo casos míos o casos de otras personas en donde en un contrato que se está discutiendo en un arbitraje, en un contrato de obra, digamos, pidió el supervisor ser incorporado como parte no signataria; supervisor que había celebrado otro contrato.

O, por ejemplo, se podría o no admitir la participación de un sindicato como parte no signataria. Perdón, pero son terceros.

Entonces, yo creo que el medio arbitral, y con esto concluyo, debería, antes de inventar categorías, revisar las viejas categorías y no tener miedo a utilizar el nombre de terceros, la palabra «tercero» cuando corresponda, y decirnos: «bueno, yo creo que los terceros deberían ser parte en el arbitraje en algunos supuestos, pero llamarlos por su nombre «terceros», porque, de lo contrario, supondríamos que una cosa es el tercero de la Ley de Arbitraje y otra cosa es el tercero de los contratos en general, y que podría haber una discrepancia entre las normas generales y las especiales, cuando, en realidad, a mi juicio, no las hay. Hay que leerlas no más.

Muchísimas gracias.

Gonzalo García-Calderón: Me toca pelear. A ver, tres temas.

En los dos primeros de Mario, coincido plenamente, disculpen que me ponga como... hace veinte años escribí un artículo sobre lo que ha señalado Mario, respecto a la diferencia entre arbitraje obligatorio y arbitraje forzoso. Y es fundamental; lo que ha dicho Mario es fundamental.

Cuando se dice que el arbitraje con el Estado es obligatorio, es cierto; el arbitraje es forzoso. Porque es forzoso para aquél que contrata con el Estado, pero no para... si tú no quieres contratar con el Estado, no estás obligado. Nadie te obliga a contratar con el Estado. Pero, la política que fija, el ejemplo que ha puesto Mario es clarísimo. La política que fija, haremos propaganda a cualquiera, no sé, a SAGA Falabella, es que a todos

sus proveedores les va a pagar a sesenta días. Ésa es la política puesta por el directorio de la empresa.

Yo quiero contratar con SAGA y quiero que pongan mi celular en la góndola de SAGA, «señor, le vamos a pagar a sesenta días por sus celulares». «A sesenta días... están locos. A quince». «No, señor, es la política de la empresa. Si usted quiere contratar conmigo, ésa es la política de la empresa. Búsquese a la competencia, pero yo no le puedo pagar antes».

Igual sucede con el Estado. El Estado ha decidido por política y la política de un particular la fija el directorio, la fija la junta general, la fija por edicto o lo que quiera, el Estado lo fija por normas. Y ha establecido para titulares de pliego que todos tienen la obligación: ellos, de incorporar forzosamente una cláusula arbitral, o exigir una carta fianza o lo que sea. Pero, efectivamente, no es un arbitraje y se repite erradamente que el arbitraje con el Estado es un arbitraje obligatorio. No. Es un arbitraje forzoso para aquél que quiera contratar con el Estado. Coincidimos totalmente con Mario.

En el segundo punto, también, que ha señalado respecto a los límites de la flexibilidad que tienen los árbitros. Yo lo vengo diciendo hace años. Los árbitros no son señores feudales. El árbitro tiene, además de la obligación de laudar, tiene la obligación de preservar sus laudos. Y ya existe, nos hemos olvidado muchas veces porque no revisamos la jurisprudencia o las resoluciones que la Sala Superior... La Sala Superior ya le jaló las orejas a dos tribunales arbitrales cuando han modificado unilateralmente, aplicando equivocadamente el inciso 4 del artículo 34, plazos que estaban previamente pactados con las partes.

En consecuencia, el tribunal no puede decir un plazo de diez días, que es un chicle que se estira; diez días son quince. No, señor. Pactamos diez, usted no presenta su demanda en diez. Qué pena. Le doy la oportunidad al demandado para que diga si quiere presentar una demanda. No la quiere presentar, se archiva el proceso y tendrá que iniciar uno nuevo. Lastimosamente, ésas son las reglas y coincidimos.

En lo que sí discrepo con mi dilecto amigo, con Mario, es respecto al artículo 14.

Tuve la oportunidad de participar en la comisión que redactó la Ley de Arbitraje; y, efectivamente, las categorías jurídicas que se han querido buscar en el arbitraje han sido, básicamente, partiendo de una premisa que es

entender que el arbitraje tiene características propias, autónomas; no nos olvidemos que el arbitraje nace por una necesidad. Y es una necesidad fundamental que también nos olvidamos. Nace por necesidad del comercio internacional para evitar, justamente, las normas de derecho internacional privado porque, evidentemente, cuando un peruano contrata con un belga, el belga no se quiere someter al Poder Judicial peruano, y el contratante peruano no se quiere someter al Poder Judicial belga.

Entonces, surge como una necesidad del comercio el arbitraje, con reglas particulares, y toma prestado una serie de elementos del derecho mercantil, del derecho civil, del derecho constitucional, etc., etc.

Y, entonces, va creando sus propias reglas para poder salir adelante porque es muy frágil el arbitraje. Nos olvidamos, nuevamente, hay que ir a la historia del arbitraje; era muy fácil torpedear esta institución y tumbarse el arbitraje con acciones de amparo; se tuvo que sacar el caso 6167; tuvo que blindar el arbitraje. En fin, sería muy largo y yo no soy ponente, soy moderador.

Entonces, era muy fácil tumbarse el arbitraje. Entonces, en algún momento, incluso, en tono de broma, cuando me dicen: «doctor, queremos que hable de categorías procesales; hable de terceros en el arbitraje».

Una sola frase: en el arbitraje no hay terceros. Los terceros; todas esas categorías raras del derecho procesal; terceros litisconsorciales. Ah, voy a hacer una denuncia civil; esas cosas no existen en el arbitraje. No existen. El arbitraje es sólo para las partes que suscribieron el convenio arbitral. Excepcionalmente, el brazo largo de la jurisdicción arbitral podrá llevar a partes no signatarias.

Y el artículo 14 se presta a muchas discusiones, pero hay que entenderlo de manera restrictiva, es decir, a todos aquellos del segundo párrafo, corroborarán ustedes lo que dice el artículo 14, a todos aquellos que pretendan extender beneficios respecto a un contrato, evidentemente, son considerados partes no signatarias.

Si yo soy beneficiario de una póliza de seguro de vida contraída por mi padre, y la compañía de seguros no me quiere pagar, es evidente que yo también quedará obligado a discutir eso en la vía arbitral.

Pero, el primer párrafo tiene más que ver, y eso, en realidad, ahí discrepo con Mario, y quiero preguntarle, en realidad. ¿Qué opina él, justamente, de la finalidad de ese párrafo?, que es entrar a todo lo relativo al

levantamiento del velo societario. Ésa es la finalidad del artículo 14. La finalidad del artículo 14 es evitar que se frustre; que se vulnere a aquél que está atrás, realmente, de quien contrató.

Como yo soy una parte y tengo el temor de que ese negocio vaya mal, hago que contrate una de sus satélites; una empresa con un capital social de cinco mil soles, y yo que soy la grandota; yo que soy la *holding*, yo no firmo, yo no suscribo el contrato. Yo lo negocio, yo pongo a mi..., pero yo no lo firmo.

Entonces, tú vas a tener que demandar sólo a la parte que suscribió el contrato. Yo miro cómo pierde mi subsidiaria, ¿no es cierto?, pero como no tiene bienes con qué responder, el perjudicado es el demandante.

Entonces, la ley creo yo, sabiamente, lo que ha dicho: «Oye, vamos a incorporar un artículo 14 para permitir que una parte que no ha suscrito el contrato», no un tercero.

En el ejemplo que ha puesto, en los dos ejemplos que ha puesto Mario, mi respuesta es contundente: no. Un sindicato no puede participar en un conflicto entre dos empresas mineras. No es parte; no es parte. No se puede incorporar. No participa como en el Estado. ¿No es cierto? El Poder Judicial puede llamar a quien le dé la gana, incluso, hay una figura muy importante que no está incorporada en nuestra legislación, pero forma parte como hablaba Juan del *soft law*, los amigos *curiae*.

Los amigos *curiae* del tribunal arbitral, que se usa mucho en el arbitraje internacional; lo usamos o no lo usamos en el arbitraje nacional.

Pero, en fin, para no dilatar mi pregunta larga, preguntarle a Mario qué opina del levantamiento del velo societario como elemento sustantivo del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Elvira Martínez Coco: Gonzalo, un ratito. antes de que responda Mario, voy a echarle un poquito más de leña al fuego.

Hay un tema, ¿no?, porque la Ley de Arbitraje da pie al tratar el tema de las partes no signatarias, tanto para hablar de partes no signatarias propiamente dichas como de terceros.

En el ejemplo que has puesto hace un rato, «contrato en favor de tercero», estamos hablando claramente de un tercero. De un tercero que nunca celebró un contrato, que no conoció de su existencia que, como el típico contrato de seguro en favor de un hijo, y que cuando pretende hacer valer el derecho, ahí lo pretende hacer valer.

Pero, cuando lo pretende hacer valer, sigue siendo tercero, que es muy distinto de un segundo supuesto, el de cesión de posición contractual, por ejemplo, en el que el primitivamente tercero se vuelve parte. Ése puede ser parte de un signatario, ya es parte. Ya no es parte de la signataria; es parte. El ejemplo interesante, prístino, de parte de una signataria que te da toda la doctrina, y sobre lo que sí quiero escuchar su posición a Mario, porque es el más interesante, que la doctrina te habla de que parte no signataria es el que participa en la negociación, celebración o ejecución del contrato, teniendo injerencia en él. Y ahí viene el levantamiento del velo societario. ¿Qué opinas tú también Mario ahí del levantamiento del velo societario?

Mario Castillo Freyre: Bueno, rapidísimo para no alargar más el bloque.

Yo opino que... yo opino que, fíjense ustedes. Los cuatro participamos activamente en la negociación de un contrato durante tres meses. Mil correos electrónicos entre nosotros; reuniones, etc.

Llega el día de la celebración del contrato, pero solamente tres de nosotros celebran el contrato porque uno ya ha advertido, en el día anterior, que la situación financiera de la empresa, digamos, unas cuatro empresas, y uno de ellos da un paso atrás y no firma.

Los cuatro participamos de manera activa y determinante en la negociación de un contrato, pero da la casualidad de que los cuatro no lo hemos celebrado. Lo hemos celebrado tres.

Entonces, por más que participó en la negociación, no lo celebró. Entonces, primero que todo, en alguna oportunidad, unas personas, hoy abogados y muy ilustres que hacían una tesis sobre levantamiento de ese velo societario, me preguntaban sobre el levantamiento del velo societario del artículo 14.

El artículo 14, lo pones en resonancia magnética, lo escaneas, le haces todo lo que quieras, el artículo 14 no te abre el levantamiento del velo societario.

Es decir, podría no haber ninguna empresa vinculada y podría alguien tener un reclamo contra aquél de los cuatro que, habiendo participado activamente en la negociación, no firmó el contrato porque el 14 no está... no habla del levantamiento del velo societario. Admito que podría tratarse de alguno de sus supuestos de levantamiento de velo societario. Sí, pero convengamos en que no trata sobre eso y con respecto a la última parte, y

por eso, yo creo que el 14 hay que tratarlo con guantes quirúrgicos. ¿Correcto? Quirúrgicamente. El 14 no es para todo el mundo. ¿No es cierto?

Y el último párrafo del 14, como decía Elvira, efectivamente, los del último párrafo del 14 son terceros, no son partes no signatarias, son terceros.

Y, bueno, nos están botando.

Chau.

Gonzalo García-Calderón: Muchas gracias a los participantes extraordinarios. A ustedes gracias.

Nuevamente, buenas noches, tengo el gratísimo honor de poder presentar el volumen 73 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

Han oído bien: setenta y tres libros sobre arbitraje. Es realmente impresionante. Normalmente, una colección... diez, doce, veinte libros... setenta y tres, y el loco éste sigue produciendo; sigue produciendo.

Ya está pensando, yo no tengo ni idea. O sea, pensar que iba a llegar al número setenta y tres era algo, no sé. Sumamente... terminas este año en cien, probablemente, los cien libros.

Mario Castillo Freyre: No.

Gonzalo García-Calderón: Falta poco. ¿Cuál es el límite? ¿No hay?

Mario Castillo Freyre: No hay.

Gonzalo García-Calderón: Muy bien. Eso es bueno para toda la... para todos los que dedicamos nuestro tiempo al estudio y al trabajo en materia arbitral porque, evidentemente, tenemos una fuente muy, muy interesante para poder revisar, y este impulso que hace Mario de la *Biblioteca*, no sólo genera como en este volumen que lo voy a comentar en un minuto, una serie de cosas interesantes.

Además, le da oportunidad y cabida a abogados jóvenes que quieren ingresar al mundo arbitral que hacen tesis, o sea de maestría, o sea de doctorado, extraordinarias y que las publica y tiene un mérito realmente importante, por eso una reflexión sobre lo bien que se viene manejando esta biblioteca por parte de Mario.

Simplemente, para darle el uso de la palabra al doctor Eric Franco, comentar y se lo decía a Mario, el lujo que significa poder tener en este congreso todas las ponencias y exposiciones del congreso de ahorita, del año pasado. Este volumen setenta y tres son las actas de todo; de las trans-

cripciones de todo lo que se discutió; todo lo que se aportó; todo lo que se señaló en el congreso que se llevó a cabo en este mismo lugar, en la Universidad Católica en el año 2018.

Y tenemos ponencias extraordinarias sobre una serie de temas, como las han tenido ustedes estos tres días de trabajo, y se van a ver reflejadas porque estoy seguro; no se lo he preguntado, pero estoy seguro de que así va a ser, que será el número... no sé, pues, será el número que sea: el 123, que recoja las ponencias de este congreso... del Décimo Tercer Congreso en el cual están ustedes asistiendo.

Yo, simplemente, quiero felicitarlo y pedir un fuerte aplauso por este esfuerzo para Mario Castillo.

Eric Franco Regjo: Bien, por mi parte también, obviamente, felicitar enormemente el esfuerzo. Creo que es muy difícil sentarse a escribir y tener la transcripción de las ponencias; las participaciones. Es una muy buena forma de que vaya quedando el registro del debate que hay, y es un material bibliográfico de referencia muy necesario, que es un aporte a la cultura jurídica, en general, y a la doctrina arbitral nacional, en particular.

Haciendo un recuento de lo que fue el congreso del año pasado, hubo trescientas personas entre árbitros y abogados; hubo cuarenta y seis especialistas. Fueron nueve mesas de trabajo. Hago un repaso breve por el índice.

Van a poder apreciar en el libro que la primera mesa giró en torno a los mecanismos de solución de controversias en la contratación pública, y fue moderada por Gonzalo García-Calderón.

La segunda mesa trató sobre las habilidades en la contratación pública y fue moderada por el doctor Hugo Sologuren.

En la tercera mesa se analizó la práctica en la ejecución de laudos en sede arbitral, y en la cuarta, los deberes de los árbitros. Ellas estuvieron moderadas por la doctora Laura Castro y por el doctor José Carlos Taboada, respectivamente.

A cargo del doctor Alfredo Osorio, en la quinta mesa se propuso repensar el panorama arbitral, en vista de nuevas soluciones, y en la sexta mesa se trató sobre los retos del arbitraje de inversión bajo la moderación del doctor Rolando Eyzaguirre.

El último día se debatió en torno al tema de las lecciones aprendidas en arbitrajes con el Estado, mesa que tuvo por moderador al doctor Mario Castillo.

La octava mesa se focalizó en la etapa probatoria en el arbitraje y estuvo a cargo del doctor Fausto Viale. Y la novena mesa trató sobre la ética en el arbitraje, moderada por el doctor Ricardo León.

Así, pues, el Décimo segundo Congreso Internacional de Arbitraje recogió tres días de fructífero debate en atención a los temas tratados, y de esta manera, concluyo, pues, reiterando mi felicitación por lograr la publicación de este valioso material y los invito a repasar nuevamente lo que se discutió el año pasado.

Mario Castillo Freyre: Bueno, amigos, un minuto nada más para decirles, agradecer a Gonzalo y a Eric por sus generosas palabras y anunciar que desde el día miércoles estará más allá de la edición física que ya está circulando, estará en la página web del Estudio, el texto completo de este volumen con descarga libre, al igual que todos los volúmenes anteriores de la *Biblioteca*.

Así que, muchas gracias. Gracias.

MESA 8: CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Salomé Reynoso Romero (moderadora)

Ana Teresa Revilla Vergara

Sandro Hernández Díez

Roberto Reynoso Peñaherrera

Derik Latorre Boza

Yeminá Arce Azabache

Palabras del presentador: La siguiente mesa está titulada «Contrataciones con el Estado» y la moderadora a cargo de ésta es la doctora Salomé Reynoso Romero, quien es árbitro y también consultora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica del Perú.

Salomé Reynoso Romero: Buenas noches. Muchas gracias por estar aquí. Primero quiero expresar mi más sincero agradecimiento al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por la invitación y felicitarlos por su aniversario número veinte.

Hace, aproximadamente, siete años que tuve la oportunidad de trabajar aquí y debo reconocer que mi interés surgió dentro de este Centro, y qué mejor celebrarlo hoy estando aquí compartiendo el panel con tan prestigiosos profesionales.

Esta mesa está nominada como «Contrataciones con el Estado». Sin embargo, los temas que se van a abarcar se van a circunscribir al papel del OSCE y su relación con el arbitraje, que van desde el rol del OSCE, opiniones consultivas, lineamientos para la elección de árbitros y el Sistema Nacional de Arbitraje (SNA).

En esta oportunidad contamos con la presencia de la doctora Ana Teresa Revilla Vergara, quien el año 2016 fue la presidenta ejecutiva del OSCE y ahora se desempeña como jefa de la oficina general de los asuntos legales del Ministerio de Relaciones Exteriores y es miembro de la Corte de Arbitraje del CARC PUCP.

La doctora Revilla reflexionará sobre el rol del OSCE y el arbitraje en el Perú: ¿dónde estamos y hacia dónde vamos?

Le cedo la palabra por un espacio de quince minutos.

Ana Teresa Revilla Vergara: Gracias por la invitación. Todo un gusto para mí compartir con ustedes algunas ideas.

Yo voy a ser un poco crítica, para poner un poquito de salsa picante a este tema tan interesante y apasionante.

Y hemos venido trabajando hace muchos años con un grupo maravilloso; con el doctor Ricardo Salazar, justamente, quienes me acompañan en la mesa con los tres varones estuvimos trabajando en esas épocas maravillosas del OSCE, y encuentro en el auditorio también muchas caras conocidas que, en verdad, creo que el Consucode de aquel entonces, era un espacio lindísimo de trabajo, en donde se creó mucho.

Pero, tuvo retos muy importantes y retos que se mantienen a la fecha y que espero puedan ser bien resueltos por la nueva presidenta ejecutiva actual, Sofía.

El Estado peruano, a partir de la 26850, creó esta figura del arbitraje obligatorio para todas las entidades públicas.

Esto que a nosotros nos parece normal, nosotros ya tenemos más de veinte años en esta situación, fue un hecho realmente histórico y lo que hizo fue masificar una herramienta que funcionaba muy bien para temas privados, en asuntos comerciales de manera obligatoria para todo.

Entonces, esto generó tres problemas, que los vamos a identificar.

El primero, al ser el Perú el primer país en el mundo que puso el arbitraje como obligatorio para resolver estas figuras que se producían con las controversias por las adquisiciones de bienes, servicios y obras, lo que hizo fue forzar la figura del arbitraje.

El segundo problema es que el Estado no estaba preparado para ello, y el tercer problema que es que el arbitraje, siendo esencialmente voluntario, es un acuerdo entre las partes al disponer su obligatoriedad la voluntad de la entidad que tiene que someterse a arbitraje, queda fuera.

En relación al primer punto, desde el momento que se crea la figura de arbitraje como obligatoria para todos, ¿qué temas tenemos acá?

Primero, el arbitraje se basa en la confianza que inspiran los árbitros. Generalmente, son profesionales especializados; resuelven los casos con justicia y equidad, pero que utilizan la reserva como principio, y esto es

totalmente contraproducente a un proceso público donde el principio es la transparencia de absolutamente todo.

Se afecta mucho la seguridad jurídica porque inicialmente los árbitros resolvían en base a lo que decía el Código Civil.

Una persona que yo apreciaba muchísimo, el doctor Santistevan de Noriega, exdefensor del pueblo, tenía entre sus laudos basados en el Código Civil. Y eso para los funcionarios públicos y a los que trabajamos en contrataciones, era un despropósito.

Bueno, después se tuvo que modificar la ley; se tuvo que poner expresamente que los laudos tienen que basarse en lo que dice la Ley de Contrataciones, en primer lugar, y supletoriamente las otras normas.

El arbitraje no genera precedente vinculante. Un árbitro puede resolver de una manera y después resolver de otra manera. Y no pasa nada.

Eso, en la administración de justicia o en los tribunales administrativos es un despropósito. Tú no puedes... tú encuentras un vocal del Tribunal de Contrataciones con el Estado que te hace... te resuelve una figura completamente distinta; eso se lo sacas en cara, y acá en los laudos no pasa nada.

O sea, es una cosa como normal. Eso no creo que sea correcto y es algo que creo que se tiene que estudiar.

El segundo punto. El Estado no estaba preparado para la masificación de los arbitrajes. Tomemos en cuenta que el Estado compra grandes cantidades y ningún país en el mundo lo tiene. Yo me pregunto: ¿fue la salida correcta? No sé.

Las oficinas de Procuraduría Pública, no tienen ni idea. Han estado a marcha forzada preparándose. El OSCE tuvo que crear todo un sistema para intentar dar garantías de funcionamiento a este mecanismo de una manera masiva y simultánea. Es un trabajo muy meritorio el que hizo OSCE. En muy poco tiempo elaboró rápidamente directivas para impulsar el arbitraje y ordenar un poco esto.

Un primer aspecto importante en el cual se manifestaron muchos árbitros en contra, recuerdo bien, fue cuando se dispuso la publicación de los laudos.

Me acuerdo, el director de arbitraje en aquel entonces, que era el jefe de acá del doctor acá en la mesa, le contaba que de la Cámara de Comercio

se lo habían venido a comer, porque se le había ocurrido publicar los laudos. Que eso era... atentaba contra la figura del laudo.

Pero, es que así era, pues. Estamos ante una figura que se obligó a ser masiva y algo elemental. Y él me decía: «Mira, algunos árbitros, ni siquiera trabajan en nada. Uno solo de los árbitros hace el laudo, y los otros dos lo único que hacen es sumarse. Punto.

Entonces, ya con esto se evidenciaba también un poco el rol de cada uno.

Fue difícil, pero el OSCE avanzó de a poquitos, fue avanzando y después sacaron un montón de directivas. Bueno, la primera que he encontrado es una del doctor Pin, el año 1999, ustedes pueden encontrar un montón de directivas en las cuales van pauteando los procedimientos para designación de árbitros, para instalaciones de tribunales arbitrales, las tablas de gastos, etc., etc.

Actualmente, de las directivas que tenemos en el OSCE publicadas, después de lo que es procedimientos de selección, la que tiene mayor cantidad de directivas es, justamente, conciliación y arbitraje.

O sea, para que vean cómo le ha demandado atención y preocupación.

Y dentro de esto, pues, está todo lo relacionado al rol actual, tiene el procedimiento de designación residual, el procedimiento de inscripciones, renovación de nóminas, etc., etc.

Pero, frente a este rol importante que viene asumiendo OSCE, una de las cosas interesantes que ha hecho también es contribuir con generar algunas acciones para modificar la normativa. Entonces, por ejemplo, una muy interesante ha sido la de introducir la junta de resolución de disputas, que tengo entendido que ayer creo que la han tocado.

Se está tratando de avanzar. Mi pregunta es: ¿es esto suficiente? ¿Qué queda por hacer?

Dentro del OSCE creo que es muy importante tener cifras, contar con data. Tener... poder jalar la información de tal manera que puedas saber cuáles y tales árbitros cómo han fallado; qué árbitro está trabajando en este tema.

El problema es que se afecta el principio de confidencialidad, de reserva; todo lo que regula el arbitraje.

Pero, es que estamos frente a una figura del arbitraje propiamente dicho. No sé.

Para mí es importante; imprescindible que se cuente con información de cómo se encuentra la ejecución contractual a nivel nacional. ¿Qué problemas existen? ¿Cuál es la respuesta a los árbitros? ¿Cuál es el impacto de esto en los bienes, servicios y obras que se realizan?

Se necesita un buscador en línea amigable que permita identificar esta situación.

El tercer problema: el arbitraje siendo esencialmente voluntario. Es un acuerdo entre las partes al disponer su obligatoriedad, la voluntad de las entidades queda fuera. A más de veinte años que funciona el arbitraje en el Perú de manera obligatoria.

¿Cómo ha venido funcionando? ¿Ha sido una caja negra? Todos nos enteramos de esta desgracia de un exárbitro por la prensa. Eso, ¿cómo pasó? ¿No se dieron cuenta? ¿Nadie se podía dar cuenta? El señor se ha llevado creo que cuatro millones de dólares, ¿no? Lo depositaron en cuentas. No se entiende y no se sabe... ojalá que sea el único.

Pero, ¿quién ha investigado? ¿Quién ha hecho su revisión? ¿Cómo se está haciendo esto? O sea, ¿qué es lo que está pasando?

¿Existe algún control de calidad por los laudos en el caso de los arbitrajes institucionales? Con mucha pena tengo que decir que el de la Católica no lo tiene.

Cuando a mí me invitaron para la Corte, lo primero que dije fue: «¿se está haciendo esto?». Me dijeron: «no». ¡Ups! Eso se tiene que hacer pronto. Y la Cámara de Comercio tampoco lo tiene.

Y a mí alguna vez Alfredo Bullard me comentó que el Ciadi daban... los árbitros daban su laudo, lo revisaban, y te hacían recomendaciones. Y si tú no cumplías o no tomabas en cuenta las recomendaciones, no te vuelven a llamar.

¿Eso se hace acá? ¿Habría alguna forma de poder hacerlo? No creo. Entonces, ¿qué tipo de arbitraje estamos teniendo?

¿No debería poder recusar la entidad a un árbitro por tales y cuales motivos para poder recusarlo? Tengo entendido que eso se ha discutido acá con la discusión de Ricardo León no lo voy a repetir, pero es una discusión que tenemos también internamente en la Corte.

¿No sería mejor que cada gestión pública pueda decidir en cada caso o no de la conveniencia de recurrir al arbitraje?

Como somos el único país en el mundo maravilloso que hemos designado el arbitraje como obligatorio. Miremos qué pasa en otros países.

En el caso colombiano que han cogido un poquito del tema, ha sacado una directiva presidencial n.º 4 sobre políticas en materia arbitral el 18 de mayo de 2018, ahorita no más.

¿Y qué cosa dicen? Ellos dicen: «cada vez que una entidad desea suscribir una cláusula compromisoria, deberá contar con opinión favorable del jefe de asesoría jurídica y de los directores de la entidad para documentar la razón por la cual se va a llevar el caso».

Porque, claro, la entidad tendría que evaluar que en este caso vale la pena por «x» e «y» motivos.

Lo mismo, bueno, tienen que hacer una presentación de los candidatos. Se presentan... son una lista de diez árbitros que se presentan con sus hojas de vida y esto los elige en la agencia nacional de defensa jurídica del Estado. O sea, tienen otra figura.

La lista tiene que estar integrada por un mínimo de diez candidatos; y, si se trata de un arbitraje, y en arbitraje internacional sólo de cinco. No se pueden aplicar las reglas del Ciadi. Habrá que preguntar por qué.

Una de las cosas que me parecía lo más resaltante es que ninguna entidad u organismo de la rama ejecutiva de orden nacional podrá proponer ni nombrar como árbitro a un abogado que esté desempeñando en su momento su designación como árbitro o secretario en más de cinco tribunales de arbitramento. Decir cuota máxima: cinco laudos por año. Porque no puede ser posible que haya árbitros que tengan treinta laudos, cincuenta laudos. O sea, en qué tiempo a una persona le alcanzan las horas del día para resolver; o es que se ha convertido en una fábrica de laudos. Entonces, si es así, ya estamos tergiversando la figura.

O sea, creo que acá se tiene que revisar. Ése es un tema para evaluar. Y en el caso, por ejemplo, en el evento que la controversia que dio origen al proceso arbitral, se derive de proyectos de infraestructura de transportes; o sea, los grandes procesos, ninguna entidad podrá proponer o nombrar como árbitro un abogado que se esté desempeñando, al momento de su designación, en más de tres tribunales de arbitramento, en los que intervenga como parte una entidad pública objeto de esa ley.

Entonces, en Colombia, por lo menos, han abierto, han avanzado, pero lo están acotando muchísimo. Entonces, bueno, yo les recomiendo, si

las pueden buscar, está en la página web de... ya lo encontré... ahorita no tengo la referencia, pero vale la pena mirar porque ¿qué es lo que nos pasa?

Actualmente, ésta es una caja negra. Tenemos que abrir la formación. La gente y los estudiantes, los profesionales e investigadores, debemos poder acceder a la información en línea, para ver qué está pasando.

Interesa saber, por ejemplo, si los laudos resueltos por tales o cuales árbitros, han tenido una línea permanente en el tiempo o han estado cambiando por mejor postor.

O, por ejemplo, frente a determinadas situaciones cómo han estado resolviendo. Se puede tomar como ejemplo cuando se plantea una situación similar, las partes pueden decir «mira cómo han resuelto ese proceso», porque no puede ser que la entidad y el contratista vayan a ojos cerrados a decir «y ahora qué sale».

No puede ser posible. O sea, creo que se tiene que establecer notas de predictibilidad y eso sólo se va a garantizar si, efectivamente, difundimos la información del arbitraje y tenemos la información en línea para que cualquier persona a nivel nacional pueda buscarlo.

Uno de los problemas finales con los que uno se ha identificado, es el tema que comentábamos al inicio. Muchos de estos problemas de Lima anteriores, se están trasladando a provincias. Entonces, creemos nosotros que si se puede tener información en línea; que las procuradurías públicas estén obligadas a reportar a un sistema también en donde se pueda acceder a información, eso va a poder favorecer muchísimo la figura del arbitraje.

Gracias.

Salomé Reynoso Romero: Muchas gracias, Ana Teresa. Nos quedamos, entonces, con que el rol que debería tener el OSCE es el de brindarnos más cifras, data, control de calidad, acceso a la información.

Continuando con el desarrollo de nuestro panel, les presento a Sandro Hernández Díez; él es árbitro docente de educación continua de la PUCP y socio del Estudio Reaño, Vidal, Hernández Abogados.

Sandro nos va a hablar respecto a las opiniones consultivas del OSCE y su relación con los arbitrajes del Estado.

Para ello le formulo dos preguntas: ¿Se mantiene aún la naturaleza vinculante de las opiniones que emite el OSCE? ¿Y cómo pueden afectar las opiniones que emite el OSCE el desarrollo de un arbitraje?

Sandro tienes la palabra.

Sandro Hernández Díez: Buenas noches a todos. Gracias por su presencia en este último día de este evento que creo que ha sido de bastante provecho para todos nosotros.

Los asistentes y los que, incluso, que estamos sentados en esta mesa, poder escuchar y compartir con las personas que, de repente, no todos los días nos vemos, pero siempre estamos en contacto, de alguna manera, interesados en la investigación y la ausencia respecto a estos temas.

En relación a las preguntas formuladas sobre las opiniones que emite el OSCE; las opiniones vinculantes que emite el OSCE, como ustedes saben, una de las funciones principales que tiene el OSCE, a través de la Dirección Técnica Normativa es, precisamente, la emisión de opiniones para efectos de absolver las consultas que formulan las entidades o los privados también respecto de la aplicación de la normativa.

Es decir, cuando se tiene alguna duda o existe algún tipo de vacío o que requiera ser integrado o que, probablemente, es, digamos, en la práctica se puedan estar dando una serie de interpretaciones diversas respecto de algún aspecto de la norma, entonces, existe la posibilidad de recurrir a la Dirección Técnica Normativa del OSCE y solicitar la emisión de una opinión para efectos de que pueda esclarecer cuál debe ser el criterio, o en todo caso, que debe considerarse respecto de la norma.

Y eso hay que reconocerlo, que es una atribución normativa, es decir, en la Ley de Contrataciones y también el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE le atribuye esa potestad a la Dirección Técnica Normativa.

En relación a si estas opiniones que emite el OSCE, respecto de la interpretación que debe hacerse de la norma; cuál es la interpretación adecuada que debe hacerse a determinados aspectos de la norma, tienen naturaleza vinculante o no, digamos que antes estaba mucho más claro, ¿no?

Con la 1017 se señalaba expresamente que las opiniones que emitía el OSCE tenían una naturaleza vinculante.

Y, si nosotros analizamos la naturaleza de estas opiniones, particularmente, creo que esa naturaleza se mantiene. Claro, reconozco que hay una discusión al respecto. No, no hay una posición uniforme de que todavía se mantenga ese criterio de que las opiniones son cien por ciento vinculantes.

Se los explico por qué. Con la 1017, efectivamente, se señalaba expresamente un reconocimiento expreso en el reglamento, en la norma,

respecto a la naturaleza vinculante de las opiniones. Cosa que no pasaba, por ejemplo, en la 26850 o en las normas precedentes no había una disposición específica que señalara que las opiniones que emite el OSCE tienen naturaleza vinculante.

Con la 1017 sí pasó ello. Sin embargo, cuando se emite la 30225, ya no se hace una referencia expresa a la naturaleza vinculante de las opiniones. Ahora, la pregunta que nos hacemos es por el hecho de que la norma no lo señale de manera expresa la naturaleza de las opiniones, ¿ha asumido otra característica o ha asumido una naturaleza jurídica diferente?

Eso es lo que habría que preguntarnos. Y, ¿por qué es que han surgido estas discusiones?

Las discusiones, fundamentalmente, en torno a este tema, surgen porque en la norma; en la nueva norma, en la norma vigente, lo que se señala o la referencia que se hace ahora es respecto a las disposiciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria.

Cuando hablamos de un precedente, estamos hablando, digamos de un acuerdo o una disposición que se ha emitido bajo determinados parámetros y nace a partir de una secuencia sucesiva de actos o de hechos o de criterios que se han venido emitiendo, en este caso, por el Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Recordemos que ahora, para los que todavía no estamos tan atentos a las disposiciones normativas, ya salió el Reglamento de Ley del Sistema de Abastecimiento; y, por tanto, el tema de la Ley de Contrataciones que forma parte del Sistema Nacional de Abastecimiento, ya tiene un órgano rector, que es la Dirección General de Abastecimiento y que ya a fines de octubre va a entrar en vigencia y tenemos que estar atentos también a ello.

Entonces, cerramos el paréntesis.

Lo que dice la norma actual, de repente, no lo recuerdo literalmente, pero es más o menos, lo siguiente, ¿no?: se habla o se expresa o se refiere a los precedentes de observancia obligatoria de aquellas disposiciones que emite el Órgano Supervisor que también puedan constituir precedentes de observancia obligatoria, tienen que pasar por un procedimiento.

Y ese procedimiento es que el órgano que emite las opiniones, en este caso, es la Dirección Técnica Normativa del OSCE, que es la que, por supuesto, de acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones de la entidad es la que emite las opiniones, va a tener la potestad, o de conside-

rarlo, elevar al Consejo Directivo del OSCE estos precedentes para que, eventualmente, de ser aprobados, se pueda emitir y señalar, por ejemplo, que determinado pronunciamiento o determinada resolución tienen una característica de precedente de observancia.

Y, ¿por qué hay que hacer esta distinción?

Porque, en el caso, por ejemplo, de los pronunciamientos que emite la gestión de riesgos (otra área del OSCE), esos pronunciamientos se emiten sobre el desarrollo de procesos concretos; es decir, sobre problemática que surge dentro de la ejecución o el desarrollo de los procedimientos de selección sobre casos concretos. Entonces, cuando hay una reiterada instancia, digamos, de problemas que se van identificando en el desarrollo de los procedimientos de selección, la Dirección de Gestión de Riesgos puede asumir que, digamos, asumir una posición definida respecto de estos problemas que de manera reiterada se van dando y puede proponer que, efectivamente, se establezca un precedente de observancia obligatoria que, para esos efectos, tiene que pasar primeramente por la Dirección Técnica Normativa, y luego será derivado al Consejo Directivo, y una vez aprobado, recién podrá considerarse y decirlo o señalarlo en el mismo pronunciamiento la naturaleza de un precedente de observancia obligatoria para efectos de poder utilizarlo como criterio general.

Lo mismo sucede con el Tribunal de Contrataciones, todos sabemos que cuando las distintas salas del Tribunal de Contrataciones tienen, digamos, opiniones sobre criterios que no necesariamente coinciden, éstas pueden juntarse en lo que se conoce como Sala Plena, y emitir un acuerdo de Sala Plena, donde ya están conformados los doce vocales que tenemos ahora de las cuatro salas, y se van a poner de acuerdo respecto, digamos, de lo que está en discusión, y asumir una posición que, a partir de la emisión de ese acuerdo de Sala Plena, va a ser de aplicación obligatoria.

En el caso de las opiniones, tiene una naturaleza diferente porque a diferencia de los pronunciamientos, y a diferencia de lo que son los acuerdos de Sala Plena, éstos se emiten respecto de casos concretos.

En cambio, las opiniones se emiten de manera general. No están referidas a casos concretos. Están referidas a cómo debe aplicarse la norma de manera general para todos, ¿OK?

Es por eso que en su momento se le reconoció que tenían naturaleza vinculante. Todos los factores en la contratación pública deben interpretar

la norma de la misma manera. Debe haber un criterio estándar que se busca con la emisión de una opinión por el órgano que así veo que es el órgano competente para ello.

Entonces, si me preguntan a mí personalmente, no digo que no estoy cerrando la discusión, efectivamente, quienes piensan que a partir de esas modificaciones y al no reconocerse, expresamente, de manera literal que las opiniones, o mejor dicho, de haberse eliminado de la norma esa disposición específica que decía que las opiniones tenían naturaleza vinculante, hay quienes opinan, ¿no es cierto, Roberto?, hay quienes opinan que no necesariamente mantienen ese carácter vinculante, pero que sí son guías que deben seguir los funcionarios.

La pregunta es si tenemos una opinión que nos dice que interpreta la norma en un determinado aspecto y nosotros la interpretamos de una manera distinta, ¿qué les va a decir su OCI, ¿no?, su Órgano de Control Institucional. Entonces, bueno, quien quiera asumir el riesgo que lo asuma.

Y, ¿cómo?, viendo un poco la naturaleza vinculante de estas opiniones con el ámbito del arbitraje, efectivamente.

Acá sí cabe hacer una distinción. Recordemos que al arbitraje, de manera excepcional se le ha otorgado a través de la Constitución jurisdicción; y, por lo tanto, los árbitros son autónomos en sus decisiones, ¿correcto?, pero también se les ha establecido reglamentaria y normativamente determinados parámetros para la decisión que van a tomar.

Recordemos que los arbitrajes, en el caso de la contratación pública, son arbitrajes de derecho; y, por lo tanto, tienen que estar fundamentados, ¿no es cierto?, en el desarrollo de la normativa jurídica. Y en este caso, específicamente, contratación pública, están... tienen que estar estrictamente vinculados a la norma de contrataciones. ¿Correcto?

No... Ya creo que ya ha quedado bastante claro que los árbitros, por lo menos, los arbitrajes en materia de contratación pública, no puede primar, pues el Código Civil sobre la norma especial que, en ese caso, es la Ley de Contrataciones.

Entonces, si tenemos obviamente una opinión emitida por el órgano competente que ha interpretado o ha dicho que los parámetros para interpretar la norma son tales o cuales y son de carácter general; no son específicos, entonces, esos parámetros, esas opiniones deberían servir de guía también interpretativa para los tribunales arbitrales, en caso parte de

las pretensiones o parte de los elementos que tengan que dilucidar en el desarrollo de un arbitraje tengan que estar vinculados a tener que interpretar la norma de una o de otra manera.

No estamos hablando de temas procedimentales porque también en un arbitraje podemos ver normas de distintas materias que regulan distintas materias, pero en aquello que pueda estar expresamente o directamente vinculado con el tema de llegar a interpretar alguna disposición de la norma, definitivamente, sin restarle la autonomía y la interpretación que puedan dar los árbitros, digamos que acá podría ser.

Le puedo dar cierta chance acá al doctor Reynoso de decir que sí, pues, ¿no?

Nos puede servir como guía, al menos debemos tener en cuenta, para efectos de interpretar o entender; darle una interpretación a lo que es el marco normativo, sobre todo, en el ámbito de lo que es la Ley de Contrataciones.

Y, claro, ello tiene el mismo impacto porque, claro, hay quienes, probablemente, van a solicitar expresamente la emisión de una opinión y lo cual ha venido pasando, eso no es una novedad para nadie; y, precisamente, para poder ser utilizada muchas veces o en un proceso ante el Tribunal de Contrataciones o también en un proceso arbitral.

Muchos de los que están acá que, probablemente, sean abogados litigantes o hayan participado en arbitrajes, saben que en los arbitrajes una cosa es plantear una posición o con una interpretación porque yo como abogado patrocinador puedo hacer, y otra cosa es que esa posición que yo tomo está respaldada por una opinión del OSCE.

Sabemos que nuestra posición va a mejorar, por lo menos, porque si el árbitro en algún momento tiene que interpretar o tiene una interpretación distinta, tendrá pues que fundamentar de manera adecuada porque es su decisión o porque la interpretación que hace de la norma es contraria a la del órgano supervisor que, por norma, además, tiene esa potestad.

Entonces, ése es un poco el impacto que tiene... por el tiempo ya no... quince. Quería hablar un poco más, pero ya no puedo.

Ése es el impacto, de alguna manera, que tienen, pues, estas opiniones, más allá de la discusión de si son vinculantes o no son vinculantes que puedan tener en el desarrollo de los arbitrajes.

Definitivamente, un impacto importante lo tienen. Ahora, es como les digo, como fue al inicio, eso no significa que ello va a implicar, digamos, una vulneración a la autonomía del arbitraje, ¿no?, de los árbitros.

Los árbitros, en su momento, por la autonomía que tienen tendrán que decidir, pues, de acuerdo a derecho cuál es la mejor interpretación para poder llegar a una solución de su tema, ¿no?

Muchas gracias.

Salomé Reynoso Romero: Gracias, Sandro. El tiempo nos es cruel, así que debemos correr un poquito.

Les presento a Roberto Reynoso Peñaherrera, quien es especialista legal en el Proyecto Especial en los Juegos Panamericanos del 2019; árbitro y docente de educación continua PUCP. Roberto nos va a hablar sobre los lineamientos para la elección de árbitros en las entidades.

A efectos de su participación, le voy a hacer dos preguntas. ¿Qué debe buscar una entidad en un profesional para designarlo como árbitro? Y, ¿es necesario que las entidades cuenten con lineamientos para la elección de árbitros?

Tienes la palabra, Roberto.

Roberto Reynoso Peñaherrera: Muchas gracias, Salomé. Buenas noches a todos ustedes y gracias por la paciencia.

Agradezco, en primer lugar, al Centro de Arbitraje por la invitación, y además por la oportunidad de encontrarme con viejos grandes amigos y grandes profesionales también. Así es.

El tema que me toca como... es revisar un poco los lineamientos con los que cuentan las entidades para elegir a los árbitros.

Aparentemente, no es un tema tan rico, pero tiene varios temas interesantes para analizar.

Veamos primero ¿qué nos dice nuestra ley de compras públicas y el reglamento al respecto? ¿De acuerdo? Vigente, porque ya sabemos que ha experimentado una serie de cambios normativos, demasiados, digamos, periódicos, demasiados en un corto tiempo que afecta, evidentemente, el desarrollo de la materia, ¿no?

Pero, bueno, es por todos conocido, además, que el artículo 45 de la ley plantea una serie de requisitos que debe reunir un profesional para desempeñarse como árbitro.

Cuando, por ejemplo, se trate del árbitro único o el presidente del tribunal, éste deberá ser abogado, como todos sabemos; pero, además, debe tener una, digamos, especialización acreditada. ¿En qué? En arbitraje, derecho administrativo y contratación pública.

Un tema adicional que se plantea, es que, cuando este árbitro sea designado por el Estado, ya sea en arbitraje *ad-hoc* o institucional, este árbitro debe estar obligatoriamente inscrito en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE que, además, establece en el reglamento, artículo 231, cuáles son los impedimentos que tiene un profesional para desempeñarse como árbitro en la materia de la contratación pública.

Es un poco el espectro y el tema normativo, luego hay que ver quién lo designa.

Antes de la vigencia de la 30225, quien designaba prácticamente de manera general a los árbitros en cada entidad pública en estos litigios, era, básicamente, el procurador público, y se basaba para ello en el artículo 22 del Decreto Legislativo n.º 1068, que es la norma que regula el tema del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

Pero, ya a raíz de la emisión de la 30225, ahí se hace un cambio radical, se plantea que quien va a designar a los árbitros es el titular de la identidad, función delegable y se delega regularmente al jefe de administración, secretario general, viceministros, jefe de asuntos jurídicos, etc. Es un poco el esquema.

Ahora, hay un tema que sí quiero tocar adicionalmente, que es cómo se acredita la especialización en los temas de derecho administrativo, arbitraje y contratación pública.

Regularmente esta obligación de revisar esta información y además de que está el RNA, y demás requisitos, es una obligación que tiene la entidad que lo designa, en primer lugar.

Y en el caso de los centros de arbitraje tiene también la obligación de revisar estos, digamos, requisitos o estos cartones para efectos de que ingrese a la nómina respectiva de arbitraje.

Con este marco, y creo que es evidente, la entidad cuenta con un amplio margen de discreción para decidir quién va a ser su árbitro en una disputa determinada.

Y acá sí cabe ir un poco a la pregunta que me plantea Salomé, y esto es qué debe buscar una entidad para designar a un profesional como árbitro.

¿Es suficiente cumplir con los requisitos legales que les he comentado hace un minuto? Creo que no. Igual va a ser el primer lugar de evaluación; debo revisar el cumplimiento de estos requisitos.

Entonces, la siguiente pregunta que creo debe hacerse dentro de una entidad es ¿requiere un árbitro militante o un árbitro justo? Una decisión bastante importante.

El árbitro militante ¿quién es? ¿Es un profesional que se disfraza de árbitro? Creo que realmente es un abogado de parte y que, muy probablemente, vaya a decidir a favor de la entidad que lo designa en ese escenario, pero también en otro escenario cuando lo designa un contratista, va a votar o va a decidir en favor del contratista. Eso revela una carencia de integridad en el árbitro, que es un poco lo que comentaba hace un minuto Ana Teresa también.

Y esto es malo porque desprestigia el arbitraje como medio de solución de controversias, y esto a la larga afecta en el mercado de compra pública, en general. ¿Por qué? Porque si hay desconfianza en el mecanismo de solución de controversias va a haber desconfianza en el régimen de compra pública, en general.

Y eso a la larga puede desincentivar la participación de buenos proveedores en el Estado y que faltan y muchos también.

Pero, acá viene otra pregunta adicionalmente: ¿qué debo buscar para identificar a este árbitro justo e íntegro?, que es el camino que creo debe seguir la entidad y que los hay muchos, además, como comentaba hace un rato con Teresa también antes de entrar.

Podría ser revisar pergaminos, títulos, certificados, pero ese tema nos va a dar básicamente información respecto a sus conocimientos de pronto, pero no respecto a su integridad y justicias, si cabe el término.

Entonces, qué otro criterio debería emplear para identificar a este árbitro justo e íntegro. Creo que el criterio clave es la coherencia y que va de la mano con lo que también comentó en su ponencia hace un minuto Ana Teresa; coherencia en las decisiones que este árbitro haya adoptado al emitir sus laudos.

Lo que implica, evidentemente, que aquéllos que vayan a designar los árbitros, en este caso las entidades públicas, tengan la posibilidad de analizar los laudos que haya emitido y no implica acá definir si es que el árbitro laudó o no a favor de la entidad. Lo que se pretende, lo que debería

pretenderse es si ha laudado con criterios similares en situaciones similares. Eso revela coherencia y creo yo que ya revela que es un signo claro de integridad de este árbitro; estemos o no de acuerdo, ojo, con lo que haya decidido.

Otro criterio complementario es la experiencia; experiencia en el ámbito arbitral, experiencia en la emisión de laudos, experiencia en el ámbito académico, pertenencia, de pronto, a centros de arbitraje. Son criterios que hay que analizar, yo creo que sí.

Y, finalmente, la especialidad; la especialidad en casos puntuales cuando lo requiera, si tengo un arbitraje de un tema de sector eléctrico es razonable que se busque un profesional con experiencia o con especialidad en el tema eléctrico, por ejemplo.

Esta coherencia y especialidad... esta coherencia y experiencia que debe ser determinada o evaluada por las entidades públicas para definir quién es el árbitro, debe ser, evidentemente, desarrollada por las entidades, las procuradurías y también creo yo por el Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

La pregunta que viene después es, ¿cómo identifico esta coherencia y esta experiencia?

Hay herramientas, y el OSCE tiene herramientas para poder identificar este tema. Tenemos lo que es el récord arbitral que revela qué laudos ha emitido un árbitro habiendo sido miembro de un tribunal, como árbitro único en un arbitraje *ad-hoc* o institucional.

Tenemos también el banco de laudos que indica la información de los laudos, evidentemente, emitidos y tiene el archivo, pero además te indica de dónde proviene el antecedente, cuál es el procedimiento de selección, por ejemplo.

Lo que sí es una tarea pendiente de eliminar, por ejemplo, es que estas herramientas sean más amistosas, sean más dinámicas, tengan criterios de búsqueda un poco más efectivos, tenga información actualizada, y eso es importante. Creo que es la herramienta más importante que tenemos para verificar esta coherencia y esta experiencia.

Pero, además, las procuradurías también han hecho su parte y su trabajo, pero de manera aislada, tienen data de información de los procesos arbitrales, no únicamente de quiénes son las partes, quiénes son los árbi-

tros, quién lo designó; también algunas de ellas definen qué decisiones han emitido.

Esta información debería ser actualizada, replicada a nivel procuradurías y también, ¿por qué no?, a nivel del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

Con estos elementos, creo yo, teniendo las herramientas que tiene el OSCE, digamos un poquito repotenciadas, la data que manejen las procuradurías y las entidades públicas e información complementaria que se requiera por cada caso particular, me parece que son herramientas y elementos que nos permiten garantizar e identificar la coherencia, la experiencia de los árbitros que creo que son los criterios que deben guiar a las entidades públicas para definir quién va a ser el profesional o los profesionales que van a definir el conflicto en materia de contratación pública.

Eso es todo y muchas gracias.

Salomé Reynoso Romero: Gracias, Roberto. Nos quedamos, entonces, con tres palabras: coherencia, experiencia y especialidad.

Ahora toca el turno de Derik Latorre Boza, quien es socio del Estudio Juárez Espinal Latorre. Él va a tratar el tema «Efectos del arbitraje en los procedimientos administrativos ante el Tribunal de Contrataciones».

Para ello, va a responder las siguientes preguntas: ¿Qué efectos puede generar el arbitraje en los procedimientos administrativos a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado? y ¿cuáles son las semejanzas y diferencias entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción, así llamada «administrativa» del OSCE?

Derik Latorre Goza: Muchas gracias, Salomé. Muy buenas noches con todos y gracias por la invitación para participar en este importante evento. Un gusto también coincidir con personas amigas, conocer a Yemina, en este caso, realmente un gusto.

Bueno, me asignaron un tema que es casi metafísico, pero he intentado abordarlo desde una perspectiva, más bien, práctica, ¿no?

Ésta es la crónica, y no por gusto señalo diabólica, de la evolución normativa de contrataciones del Estado desde 1980 hasta la fecha; casi cuarenta años, y la verdad es que es una cosa complicadísima y que genera mayores obstáculos para el desarrollo de una contratación pública como gestión de los procesos de contratación y también como parte de la gestión de los medios de solución de controversias.

Y, a manera que va evolucionando la norma, especialmente, desde el año 1998 en que se tuvo una norma, probablemente, bastante sencilla, hoy tenemos una norma nuevamente muy abigarrada y que recuerda o empieza a recordar a las normas anteriores a la 26850.

Tenemos normas que parece más bien que buscan regular un procedimiento sancionador en la contratación pública, antes que un proceso de contratación que busque lograr un eficiente procedimiento de contratación, un eficiente uso de estos recursos públicos.

A partir de esta evolución normativa, he tratado de sacar algunos de los puntos más relevantes de la evolución, tanto para el arbitraje como para el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Con la Ley n.º 26850 se introdujo el arbitraje en los contratos del Estado, pero, específicamente, para el caso de contratos derivados de licitaciones públicas y concursos públicos; es decir, se mantuvo el esquema anterior para los procesos de los contratos más pequeños.

Se mantuvo todavía inicialmente el principio de confidencialidad y esto evolucionó poco a poco a lo que ha ido ganando en el espacio del arbitraje el principio de transparencia, en cuanto a materias arbitrables, se permitía todavía el arbitraje o no se tenía muy claro el tema de arbitraje en adicionales de obra; enriquecimientos sin causa.

Esa misma norma, por su parte, en el caso del Tribunal de Contrataciones del Estado, establecía que el Tribunal de Contrataciones era un órgano jurisdiccional del OSCE; del Consucode en esa época. Y éste conocía los recursos de revisión, toda vez que las apelaciones las conocía la propia entidad.

Luego, entra en vigencia como marco normativo grande, el Decreto Legislativo n.º 1017 que regula de manera más sencilla el arbitraje o conciliación; empiezan a regularse a nivel de ley los plazos de caducidad que empezaron a generar algunos problemas; se establece esta norma de la especialización de árbitros, buscando que los árbitros sean especialistas, realmente, y ya se regula la publicidad de los laudos a través de Seace.

Y en el caso del Tribunal de Contrataciones esta misma norma ya deja de llamar «órgano jurisdiccional»; al Tribunal de Contrataciones lo denomina como «órgano resolutivo del OSCE».

Se reducen los procedimientos administrativos a la interposición de un solo recurso: el recurso de apelación, que puede ser ante el Tribunal en

el caso de licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones directas públicas y ante la propia entidad en el caso de adjudicaciones directas selectivas y menores cuantías.

Se previó también en esa norma que el tribunal podía sancionar a los árbitros ya con la modificación de la Ley n.º 29873, cosa curiosa. Los árbitros tienen un reconocimiento como jurisdicción independiente y un órgano administrativo tenía potestad de sancionar a estos árbitros. Creo que no se generaron sanciones de este tipo, pero ya generaba algún problema, al menos, de criterio jerárquico por llamarlo de algún modo.

Ana Teresa se ha referido al caso colombiano, que es superinteresante en el caso de Colombia, por ejemplo, se establece, más bien, una suerte de Consejo Nacional de la Magistratura, especialmente, para árbitros, entonces, probablemente, podría ser ésa la vía.

La Ley n.º 30225 ha tenido un récord de cambios, establece como medios de solución de controversias la conciliación, el arbitraje, la junta de resolución de disputas; establece como prioridad el arbitraje institucional, siempre remarcando la necesidad de que las instituciones arbitrales estén acreditadas por el OSCE; empieza a crecer el capítulo de impedimentos para ser árbitros. Ahora, tengan cuidado porque los árbitros no pueden estar registrados en el registro de deudores de reparaciones civiles; no pueden ser árbitros aquellas personas que estén registradas en el Registro de Deudores Alimentarios, entre otros impedimentos.

¿Algunas de las personas que se vinculan con el arbitraje han hecho una búsqueda en estos registros para saber si sus árbitros o los árbitros están o no en estos registros? Lo dudo. Entonces, se empieza a burocratizar mucho más el arbitraje y no creo que sea la solución.

Recuerdo mucho a un intelectual norteamericano que decía que la gran diferencia entre países desarrollados y subdesarrollados era, simplemente, el sistema legislativo. Decía: «Mientras los países desarrollados tienen leyes flexibles de aplicación rígida, los países subdesarrollados tienen leyes rígidas de aplicación flexible»; y eso, muchas veces, parece ser cierto en nuestro caso.

Se estableció en esa misma norma el registro de árbitros y secretarios. El decreto legislativo hace un cambio rotundo porque establece el arbitraje institucional como regla y solamente deja como supuesto excepcional el caso de los arbitrajes *ad-hoc*.

Luego, hay una nueva y la última modificatoria con el Decreto Legislativo n.º 1444, que establece el arbitraje nuevamente *ad-hoc* o institucional. En este caso, ya se establece la notificación exclusiva por el Seace, lo que me parece superimportante y se empieza a trabajar y a desarrollar todo un capítulo de infracciones y sanciones para árbitros.

En su caso, el Tribunal de Contrataciones, acá la Ley n.º 30225 estableció la resolución de apelaciones, la aplicación de sanciones y multas; interesante hablar de las multas. También estas multas se van aplicar a entidades y el criterio de suspensión del procedimiento sancionador con el acta de instalación para los casos en que se tengan que evaluar infracciones relacionadas con resolución de contratos, nulidad o vicios ocultos.

Entonces, vemos que estos dos terrenos que a veces se miran con mucho prejuicio mutuamente, la jurisdicción arbitral y la jurisdicción administrativa, tienen regulaciones específicas. El arbitraje está reconocido constitucionalmente como una jurisdicción independiente y el marco de controversias que pueden resolverse en el arbitraje está en la normativa.

Por su parte, el Tribunal de Contrataciones se establece que es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura del OSCE y cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones; resuelve controversias entre entidades, participantes y postores durante los procedimientos de selección; aplica sanciones, incluidas las multas a proveedores, participantes, postores, contratistas, residentes y supervisores, además de las multas a las entidades.

Entonces, hay una relación muy tirante y habría que ver cuáles son realmente las principales características, virtudes de una y otra. En el arbitraje se habla mucho de celeridad, de especialidad, de flexibilidad, de confidencialidad, de previsibilidad.

En el caso del Tribunal del Contrataciones del Estado se habla también de celeridad, de especialidad; desde fuera se cuestiona mucho la rigidez, se destaca también la publicidad, la previsibilidad.

En cada uno de estos casos yo quisiera más bien dejarlo como interrogantes, ¿no? ¿El arbitraje es necesariamente célere? ¿Cuánto tiempo podría durar un arbitraje para que podamos aceptar que el arbitraje es célere?

Podemos pensar en arbitraje de dos meses para decir «éste si es un arbitraje célere» o ¿cuál es el tiempo que razonablemente podría durar un arbitraje?

Cómo logramos que los árbitros que conozcan arbitrajes en contratación pública sean realmente especialistas, más allá de los cartones.

Este señor no ha visto en su vida un contrato público, pero tiene los cartones de especialista en contrataciones del Estado, arbitraje y derecho administrativo.

¿Cómo logramos que la especialidad sea real más que formal? La flexibilidad, ¿cuáles son los límites de esta flexibilidad?

La confidencialidad, ¿seguimos creyendo en la necesidad de una confidencialidad en un arbitraje en derecho público? Esto ya se ha dejado, se ha superado largamente, pero creo que todavía falta trabajar este tema de la transparencia.

Y la previsibilidad, ¿cómo logramos previsibilidad en un ámbito como el arbitraje en el que no hay jurisprudencia vinculante?

Y, en el caso del Tribunal de Contrataciones del Estado, o sea ¿la celeridad es real en el tribunal? Se trata de celeridad, de reducir cada día las modificatorias en el campo de procesos de selección, es reducir y reducir plazos. ¿Es ésa la solución para los procedimientos de selección?

La especialidad, ¿no? Tengo grandes amigos y considero que son personas y profesionales de mucho nivel los que ahora están en el Tribunal de Contrataciones, pero ¿no haría falta también que, probablemente, se incorporen profesionales no abogados?

La rigidez. ¿Tenemos que resolver siempre con tanto apego casi dogmático a la normativa?

La publicidad es muy importante, pero más allá de la publicidad, ¿cómo logramos que los operadores conozcan estos criterios de decisión?

Y la previsibilidad también, ¿qué tanta diferencia hay entre las cuatro salas que resuelven en materia de arbitraje?

Y, ya para terminar, porque ya estoy excediendo el tiempo, quería, simplemente, plantearles, en base a esta relación tirante, un caso concreto a partir de un hecho real que muestra las diferencias de enfoques de un órgano administrativo y un tribunal arbitral.

Una entidad pública suscribe un contrato con una empresa «XX Sociedad Anónima Perú». Esta empresa estaba conformada como accionistas por la empresa «XX Francia» con un 99% de acciones y una empresa «Y Perú» con 1% de acciones.

Al momento de presentarse en el procedimiento de selección, esta empresa «XX Perú» presentó contratos que le pertenecían a su propietaria; a la empresa «XX Francia», y los presenta abiertamente, no simulan, no muestra que estos contratos le pertenezcan a ella, sino los pone para que los evalúen.

El comité evalúa la propuesta de esta empresa, valida los contratos que le pertenecen a la matriz y le otorga la buena pro.

Está desarrollándose el contrato muy bien y el órgano de control interno pone en evidencia que esos contratos que se validaron para darle el puntaje a la empresa «XX Perú», no le pertenecían a ella sino le pertenecían a una empresa «XX Francia».

Entonces, la entidad declara de oficio la nulidad del contrato por vulneración del principio de presunción de veracidad en la modalidad de presentación de información inexacta.

Esto termina en un arbitraje porque el contratista cuestiona la nulidad de oficio, pero también termina en el Tribunal de Contrataciones del Estado, y el Tribunal de Contrataciones del Estado considera que, en efecto, se ha presentado, el hecho que se haya presentado contratos no le pertenecen a ella, sino a su matriz y a pesar de que no escondió, no disimuló, no hizo nada por debajo de la mesa, sino que los puso, simplemente, el tribunal considera que se ha presentado, se ha verificado el supuesto de presentación de información inexacta, porque se trata de una suerte de falseamiento de la realidad y sanciona con inhabilitación temporal a esta empresa.

El tribunal arbitral, por su parte, emite un laudo que declara nula la nulidad de oficio del contrato. ¿Por qué? Porque dice que no se ha presentado el supuesto de presunción de afectación de vulneración del principio de presunción de veracidad, porque lo que fue es un error del comité de selección al haber validado documentación que no era idónea para acreditar experiencias de postor.

Pero, esto no se subsume en el supuesto de presentación de información inexacta; es presentación de información no idónea.

Por tanto, dice: «los contratos de la matriz no son idóneos para otorgarle puntaje a la subsidiaria», pero no hubo falseamiento.

Cómo logramos decisiones más cercanas, menos contraproducentes, una frente la otra, entre un órgano administrativo que se supone tiene la

especialidad en contratación pública y un tribunal arbitral que también se supone tiene la especialidad en contratación pública.

Muchas gracias.

Salomé Reynoso Romero: Gracias, Eric, por último, presento a Yeminá Arce Azabache, Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE, quien nos va a hablar sobre la visión de la SNA y su futuro. Tienes la palabra, Yeminá.

Yeminá Arce Azabache: Muy buenas noches, pido disculpas por la voz, el clima no ayuda mucho.

Buenas noches con todos, muchas gracias por la invitación Silvia y siempre es un placer venir a esta casa de estudios.

La verdad es que hablar después de estos distinguidos doctores es una tarea difícil, me toca la parte complicada, pero estamos aquí tanto ustedes como nosotros porque creemos que el arbitraje es un mecanismo propicio de solución de controversias, y que, a la vez, creemos en el arbitraje en la contratación pública.

Para nosotros es común que los contratos que se celebre con el Estado vayan a arbitraje, pero para muchísimos países es totalmente extraño, entonces, creo que debemos aprovechar esta ventaja para poder ser un referente importante y en eso trabajamos en el OSCE.

Me toca abordar el tema del SNA, OSCE y su futuro. De por sí el título nos hace replantearnos y enfocarnos en dónde estamos ahora y hacia dónde queremos ir.

Es una pregunta interesante si hacemos un autoanálisis de cómo hemos ido trabajando en arbitraje en materia de contratación pública. Debemos comenzar con decir que la contratación pública subyace el interés público y el uso de sus recursos; ello se justifica en la medida que la contratación pública, a diferencia de la contratación privada, es un asunto de todos; y, por lo tanto, a todos nos interesa saber cómo se resuelven los conflictos derivados de esos contratos que celebra el Estado, en que los recursos públicos y el interés público estaba en medio.

La participación del Estado da la bienvenida en los arbitrajes una característica de tratamiento diferenciado respecto a la transparencia y publicidad, disponiendo la publicidad en los laudos, una vez terminadas las actuaciones.

Al día de hoy, es innegable decir que el arbitraje es una señal de confianza que propicia la inversión privada, ya que el Estado dice que no va a recurrir a su Poder Judicial, sino que conciliará o arbitrará con agentes privados en iguales condiciones.

Esta disposición se ha mantenido en el tiempo hasta nuestros días y es la fórmula elegida por el gobierno y los sucesivos, en las leyes que regulan al respecto. Sin embargo, uno de los problemas que ha enfrentado el arbitraje en contratación pública es el que se ha tildado de ser un sistema pro contratista, que el Estado siempre pierde los arbitrajes en los que ha sido demandado. Asimismo, se ha ido contaminando con la corrupción practicada por algunos malos árbitros y unas malas partes, también.

Esto ha motivado que desde el año 2008, el arbitraje en contratación pública, como bien dice Derek, ha ido sufriendo diversos cambios y modificaciones legislativas.

Ahora, tenemos como parte de los cambios una etapa, incluso, previa que es la junta de resolución de disputas como un medio prearbitral de solución de controversias derivadas de determinados contratos de obra. Tenemos también un nuevo Registro Nacional de Árbitros, entre otros.

Es cierto que, como toda obra humana, el arbitraje es perfectible, particularmente el arbitraje en materia de contratación pública, que presenta un componente innegable de interés público, y creemos que en éste es el sentido en que deben caminar todas las reformas, es decir, buscar la máxima satisfacción del interés público inherente mediante un sistema eficiente de gestión por resultados.

Es por ello que el OSCE se encuentra comprometido en poder brindar nuevas iniciativas de cambios reales que sean útiles.

Dentro de la Dirección de Arbitraje como SNA, tenemos muchos retos, la gestión de procesos arbitrales, los análisis de laudos, la administración del banco de laudos y coadyuvar a la regulación de la junta de resolución de disputas.

Sin embargo, estamos preparando cambios sustanciales que permitirán dinamizar el sistema o el SNA-OSCE, por lo cual estamos trabajando en varios cambios.

Uno, cambios normativos esenciales, dos, cambios tecnológicos, cambios logísticos y proponer la innovación como herramienta que coadyuve a la modernización en todas las etapas de manera transversal. Y, ¿para qué?

Para generar mayor celeridad, modernización, transparencia, satisfacción plena al ciudadano porque brindamos un servicio y es de lo que no debemos olvidarnos.

Antes que me pongan tarjeta roja, así que voy a tratar de ser más sucinta.

En los cambios normativos estamos trabajando el nuevo reglamento del SNA-OSCE, el cual debe estar a la vanguardia, no podemos estar alejados de lo que va avanzando en Latinoamérica y en la región, en mejorar nuestros servicios arbitrales.

Este reglamento, lo que busca es regular de manera moderna el SNA-OSCE brindando seguridad jurídica, predictibilidad bajo la lógica de brindar el mejor servicio subsidiario, plasmar en la realidad los procesos arbitrales más céleres y eficientes a los arbitrajes de menor cuantía.

En los cambios tecnológicos, estamos apostando por el mayor uso de herramientas tecnológicas que fomente las notificaciones y comunicaciones electrónicas de ida y vuelta, agilizando así la tramitación.

Estamos promoviendo la elaboración de audiencias únicas que abarquen la mayor cantidad de actuaciones procesales, como también las audiencias virtuales que ya lo tienen otras instituciones.

Al día de hoy, la tecnología ayuda a lograr una conexión más real que simula la interacción natural humana; es por ello que estamos convencidos de que, ya sea para la producción o información rutinaria o información especializada, es necesario contar con sistemas inteligentes.

Además, la práctica internacional nos está dando indicios de la creciente necesidad de este tema.

Por otro lado, estamos en un proyecto de modernización del tarifarios y honorarios de gastos arbitrales, que permita a las partes realizar un análisis económico previo sobre el costo del proceso, respecto a los beneficios que pretende obtener.

Al día de hoy tenemos un nuevo código de ética, justamente hablando con la doctora Revilla, coincidimos que es importante poder tener ya el órgano colegiado que deben instalarse y esto va a ser una herramienta; un colegiado importante para justamente poder sobrellevar estos problemas que has decantado de una coyuntura difícil en la materia arbitral.

Estamos trabajando en un registro de árbitros idóneo que sea como referente, además no puedo dejar de mencionar los servicios arbitrales como

la designación residual de árbitros, las resoluciones, las recusaciones, entre otros, también serán ejes primordiales para el mejor cumplimiento para nuestras labores.

Consideramos que todas estas características y proyectos influirán notoriamente en la imparcialidad de nuestras actuaciones como SNA.

El SNA-OSCE y el OSCE, en general, están potenciando en paralelo medios de solución de controversias como la junta de resolución de disputas que coadyuve al arbitraje.

Como SNA estamos enfocados en el apoyo de intermediación en la relación principal entre las partes y los árbitros.

Finalmente, ¿dónde vamos como SNA?, y nos parece importante mencionarlo: a fortalecer y enfocarnos en el rol subsidiario del Estado que, además, está en nuestra Constitución.

El Estado debe actuar en donde no actúa el privado de manera eficiente y eso está establecido en el SNA, actualmente, en dedicarnos a supervisar con eficiencia; y, por otro lado, a actuar donde el privado no actúe de manera suficiente.

Los dejo con algunas líneas que estamos convencidos de que así es nuestra labor de gestor público. Los cargos públicos son prestados y son magníficas oportunidades para dar y dejar lo mejor de nosotros en esta honesta convicción de servir a los demás.

Gracias.

Salomé Reynoso Romero: Gracias, Yeminá, nos has dejado una visión bastante clara y un futuro bastante prometedor del SNA. Agradezco a todos los miembros del panel por sus valiosos aportes y al público presente por habernos escuchado.

Gracias.

MESA 9: ASUNTOS A CONSIDERAR EN ARBITRAJES CON EL ESTADO

Álvaro Prialé Torres (moderador)
Carlos Lozada Contreras
Eric Franco Regjo
Alberto Cairampoma Arroyo
Juan Carlos Pinto Escobedo

Presentador: Tenemos a continuación la última mesa de esta noche. Esta mesa está titulada «Asuntos a considerar en arbitrajes con el Estado», y su moderador es el doctor Álvaro Prialé Torres, socio del Estudio Prialé Abogados.

Como ponentes, tenemos a los doctores Eric Franco Regjo, gerente legal de NG Energía Perú, al doctor Alberto Cairampoma Arroyo, árbitro y profesor del Departamento Académico de Derecho de la PUCP y al doctor Juan Carlos Pinto Escobedo, socio del Estudio Alba, Pinto y Ponce de León Abogados. Por favor, fuertes aplausos para ellos.

A continuación, vamos a cederle la palabra al doctor Álvaro Prialé Torres.

Álvaro Prialé Torres: Muchas gracias, agradeciendo, por supuesto, al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y a todos los presentes por su paciencia y esperando estar a la altura de su interés.

El primer tema que vamos a tratar está referido a los efectos de las medidas cautelares en los contratos de obra, a cargo del doctor Eric Franco.

Entendemos que en materia de contratación pública estamos viendo ahora quizás con un grado mayor de aparición en la ejecución de los contratos, las resoluciones, situaciones y decisiones que generan en cualquiera de las partes el interés en obtener una protección vía medida cautelar. Lo estamos viendo a menudo, creo que, básicamente, en cualquier solución de controversias en un proceso arbitral aparece una solicitud de medida

cautelar y esto genera una serie de situaciones que estamos seguros de que el doctor Eric Franco va a abordar.

Quisiera poder atreverme a señalar que en estos momentos el pedido de las medidas cautelares es muy importante porque uno circunscribe el grado de aceptación y el grado de protección que solicita el tribunal, y a veces el dictado de la decisión quizás abarque menos o quizás abarque más de lo que se necesita.

Entonces, es una situación que puede afectar, por supuesto, el interés público o el interés privado, el objeto del contrato no es cualquier decisión; y, sin embargo, en la medida que se hace siempre, es una posibilidad para las partes el poder plantearla y, evidentemente, es una decisión a someter a cualquier tribunal; sobre ello tiene, pues, implicancias muy importantes.

Sin mayor preámbulo, le cedo la palabra al doctor Franco.

Eric Franco Regjo: Buenas noches, agradezco al Centro de Arbitraje por la amable invitación, es un honor para mí compartir la mesa con todos, destacados colegas.

El tema de mi participación es «el impacto de las medidas cautelares en la ejecución de obras públicas». Lo primero que viene a nuestra mente cuando pensamos en medidas cautelares y obras públicas es la imagen de obras paralizadas que no satisfacen las necesidades públicas que busca satisfacer, sino que además crean caos y el desperdicio de los fondos públicos.

Cuando una obra se paraliza por un largo tiempo es común que los materiales se deterioren, o pierdan y que lo avanzado se perjudique, lo cual agrega un costo adicional.

La Contraloría General de la República publicó un informe en marzo de este año, en el que presenta cifras relativas a las obras paralizadas a julio del 2018.

El informe identificó 867 obras paralizadas por un monto contratado de casi 17 mil millones de soles.

El presupuesto público destinado a obras en el 2018, según cifras del Banco Central de Reserva fue de 31 mil quinientos millones de soles, es decir, el monto de las obras paralizadas es superior al 50% del presupuesto anual destinado a obras. Sin duda, una situación muy lastimosa para un país que requiere hacer un uso eficiente de sus recursos.

Otro dato interesante es la cuantificación de la brecha de infraestructura de acceso básico, identificada por el Ministerio de Economía y Finan-

zas en el recientemente publicado Plan Nacional de Infraestructura para la competitividad, la cual asciende a 363 mil millones de soles.

Para cerrar esa brecha, el Estado ha priorizado 52 proyectos, los cuales deberían ser ejecutados haciendo todo lo posible para que se logren implementar de manera exitosa.

El informe de la Contraloría señala como las dos causas principales de la paralización de obras, lo que califica como las deficiencias técnicas o incumplimiento contractual y, segunda causa, del arbitraje.

El informe no explica qué significa cada clasificación, lo cual nos deja la duda sobre qué tipo de situaciones específicas engloba cada una de ellas.

Por mi parte, cuando pienso en las principales razones de las paralizaciones, vienen a mi mente, en primer lugar, las situaciones donde hay interferencias que liberar o expropiaciones que realizar. Las situaciones donde se presenta un problema de interferencias o liberaciones de terrenos, suelen generar, efectivamente, la imposibilidad de continuar con la obra, por lo cual representan un riesgo real para el avance.

La segunda causa que identifiqué es la de las deficiencias en el expediente técnico; las discusiones sobre si cierto alcance es o no es un adicional y la demora en la aprobación o no de adicionales, crea incertidumbres sobre el alcance de la obra que, muchas veces, la paraliza debido a que crean una afectación o, inclusive, una imposibilidad de continuar con secuencia constructiva.

Una tercera causa que identifiqué es la dificultad para relicitar una obra cuando se ha resuelto o declarado nulo un contrato.

En dicho contexto y considerando el tiempo asignado para mi participación, voy a focalizarme en un solo comentario con relación a las medidas cautelares y su impacto en las obras, el tema de la adecuación o proporcionalidad de la medida cautelar.

Como sabemos, el artículo 47 del Decreto Legislativo n.º 1071, establece que una vez constituido el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

Asimismo, queda claro que la medida cautelar que se solicite, no debe estar dirigida a causar perjuicio a la contraparte de un modo desproporcio-

nado, abusivo, innecesario, sino que debe estar orientada estrictamente a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

En dicho contexto, se aprecia en diversos casos que los petitorios de las medidas cautelares solicitadas son extremadamente amplios y en algunos casos van más allá de la materia controvertida, por ejemplo, imaginemos un caso en el cual la controversia radica en dilucidar si corresponde o no reconocer una solicitud de ampliación de plazo por veinte días, en la cual se presenta una solicitud de medida cautelar con el siguiente petitorio, que se ordene a la entidad que mantengan la situación de hecho y de derecho existente, respecto al contrato de modo que, a efectos de garantizar la eficacia del futuro laudo se abstenga de: uno, resolver el contrato; dos, aplicar penalidad por mora, o subordinadamente se abstenga de cobrarla mediante descuentos de valorizaciones o mediante ejecución de las fianzas entregadas; tres, intervenir económicamente en la obra; cuatro, ejecutar las cartas fianzas entregadas en la garantía del fin cumplimiento de adelanto directo y los materiales; cinco, exigir un nuevo calendario de obra, un calendario de avance de obra acelerado.

Como se aprecia, el pedido cautelar es amplio y no se refiere a mantener el *status quo* con relación a los veinte días en controversia, sino es general.

En dichas situaciones, de otorgarse la medida cautelar solicitada, las facultades de derechos aprobativas que corresponden a la entidad se verían afectadas. En tal sentido, se debe cuidar que se mantengan intactas las prerrogativas contractuales relacionadas a aquellas materias que no están directamente relacionadas a los estudios de ampliación de plazo en cuestión.

La medida cautelar debe tener estricta relación con el objeto de la controversia y el trasfondo de la misma, no debiendo excederse de lo que es materia de controversia, ni por ello tener un alcance abstracto o difuminado, sino, contrariamente, lo más preciso y concreto posible.

Así pues, lo que corresponde es que la medida de cautelar se cña a la materia controvertida y únicamente a aquello que esté directamente relacionado con ella, de modo que exista una relación de coherencia entre la medida y lo que se pretende garantizar.

En otros términos, tomando una cita de una resolución judicial, se puede decir que la ecuación no es otra cosa que la correlación que debe existir entre el pedido cautelar y la situación jurídica de la que es objeto,

también se le conoce como la relación de coherencia y adecuación entre lo que se intenta garantizar y la medida solicitada como garantía que debe ser congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento.

En consecuencia, si se concede la medida, la misma sólo debería mantener el *status quo* con relación a la materia controvertida, y por ello, se podría plantear que la entidad considere como si los días no reconocidos por la denegatoria de la ampliación de plazo hubieran sido otorgados en términos de plazo, no reconociendo los mayores gastos generales, claro está.

En otras palabras, que se considere para efecto del cálculo del plazo y avance como si se hubiera reconocido el íntegro en ampliación de plazo; y, si a pesar de ello existen atrasos o incumplimientos, la entidad mantiene expeditos todos sus derechos bajo el contrato.

Por ejemplo, en materia de resolución contractual, intervención económica, penalidades y ejecución de cartas fianza y exigencias de un calendario de avance de obra acelerado.

Así pues, uno de los tipos de medidas cautelares que, en efecto, pueden afectar significativamente las obras son aquéllas que no son proporcionales a la materia controvertida. Los tribunales y las partes deben estar atentos a la ecuación de las medidas y argumentar adecuadamente cuando se excede dichos límites.

Otro aspecto relacionado con esta discusión es el de la contracautela adecuada, si vemos que una medida cautelar va a afectar el desarrollo de una obra. Entonces, la contracautela debe ser adecuada, de modo que sea una real garantía que cubra los daños y perjuicios que puede sufrir una de las partes por la medida concedida.

En casos donde se puede apreciar una afectación real, probablemente, una caución juratoria no sea suficiente y se requiera de una carta fianza.

Sin perjuicio de lo anterior, se ve comúnmente que, aun cuando se requiere una contracautela adecuada, no es usual que la parte afectada acredite los daños sufridos y se reclame una indemnización, en caso la otra parte pierda, con lo cual las contra cautelas muchas veces se devuelven o dejan sin efecto, sin ser usadas para su función de garantizar los daños sufridos.

Este tema de la proporcionalidad, que aparentemente es básico, en realidad he visto en múltiples casos que se plantean petitorios desproporcionados, he visto algunas medidas concedidas de manera desproporcionada, he visto en otros casos que se ha acotado al concederla, y con rela-

ción a la contracautela, también he visto muchas veces cauciones juratorias que no presentan, realmente, una garantía y también he visto casos en los cuales se exige una carta fianza. Después, quien pidió la medida cautelar pierde el arbitraje, y la parte que gana, a pesar de que ganó, no reclama los daños causados por la medida cautelar, con lo cual se termina devolviendo la carta fianza.

Es una situación interesante porque también procesalmente sería bastante retador plantear una manera adecuada de reclamar los daños sufridos en el propio proceso, en la medida en que este es un tema que se termina determinando en el laudo, con lo cual no habría oportunidad contradictoria con respecto a los daños causados. Un tema muy interesante, en realidad.

Bien, opto por una intervención corta y quizá después hay lugar para un mayor debate, dado el tiempo asignado.

Con lo dicho, concluyo mi exposición y dejo espacio para el debate.

Gracias.

Álvaro Priolé Torres: Muchas gracias.

A continuación, el doctor Alberto Cairampoma va a hablar sobre la arbitrabilidad de las decisiones en los organismos reguladores, aprovechando el tema de introducción donde podemos apreciar que, básicamente, muchas de las discusiones pueden generarse a través de lo que se actúa en los procesos arbitrales, y no me cansaré de decirlo, en casi todas las intervenciones que he tenido en fórums, conferencias o, incluso, en los procesos arbitrales u oportunidades de conversar con cualquier persona que conoce el tema, lo que se debate en los procesos arbitrales, muchas veces, es el camino a lo que, finalmente, puede ser una solución que todos estamos buscando.

Las controversias, en general, representan siempre la posibilidad de encontrar soluciones, y por eso, para el caso que nos toca a continuación, encontramos justamente en la actualidad muchos problemas que están siendo dilucidados en la vía arbitral. Me refería a la intervención o no de los organismos reguladores y la calidad en la que intervienen; como tercero, como testigo, como coadyuvante. En fin, todos esos temas que realmente podrían ser estrictamente teóricos; sin embargo, tienen una gran importancia porque ahora, incluso, cuando se hace el diseño de una estra-

tegia para tratar de solucionar una controversia, los abogados tenemos que pensar hasta en la posibilidad de que este caso se vaya al Poder Judicial.

Entonces, sin más preámbulo, le cedo la palabra al doctor.

Alberto Cairampoma Arroyo: OK, muchas gracias. No quiero comenzar sin dar mi agradecimiento a los organizadores de este evento, a la invitación que han tenido a bien formular, y más aún cuando estamos en la celebración de los cien años de nuestra querida Facultad, ¿no? O sea, un congreso como éste realza esa celebración.

Yo voy a exponer, porque ya deben estar cansados, ¿no?, quince minutos y a los quince minutos me va a pasar una electricidad, entonces, me va a obligar a detenerme.

Fíjense, a mí me han pedido hablar sobre la arbitrabilidad de las decisiones de los organismos reguladores. ¿Sí?

Yo he traído dos temas; he dividido en dos preguntas voy a ver si el tiempo me alcanza. Para el primero, de todas maneras, ¿sí? ¿Se pueden arbitrar las decisiones de los organismos reguladores?; y la segunda, ¿los organismos reguladores pueden formar parte de los arbitrajes?

Esto, a propósito del caso Ositran y les voy a explicar por qué.

El primer tema lo he titulado «Marco conceptual. Fundamentos de derecho administrativo que se deben tomar en cuenta», porque creo que en los fundamentos de derecho administrativo podemos dar una buena lectura a este inconveniente, a esta falta de claridad que existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Voy a pasar algunas cosas muy rápidas, pero sirve, créanme, sirve para dar una correcta lectura, como les decía, a las normas del ordenamiento.

Aquí nosotros tenemos un gráfico que yo siempre lo utilizo para clases vinculadas a derecho administrativo económico.

En el primer gráfico, el grande, ustedes pueden advertir que no es más que el diseño institucional peruano.

Tenemos el mercado, libre competencia, libre iniciativa privada, oferentes, demandantes, los precios se establecen en el mercado y la libre iniciativa impulsa la economía.

Esto está establecido en el régimen económico de la Constitución.

No obstante, en ese mercado, existe una zona intermedia cuando estamos ante algunas actividades de especial interés público.

Por ejemplo, cuando el Estado es titular de recursos naturales. Piensen ustedes en la minería; piensen ustedes en recursos hídricos; piensen en hidrocarburos líquidos. Ahí ya el Estado no deja que sólo la iniciativa, sino que existe un régimen jurídico especial donde, fíjense, se regulan los títulos habilitantes.

Por ejemplo, en hidrocarburos, los contratos de licencia.

En el régimen de recursos hídricos, las autorizaciones y propiamente licencias y permisos.

En el caso de minería, tenemos la concesión. Hay toda una discusión sobre el acto administrativo, ¿no es cierto?, si es un contrato.

Entonces, tenemos un marco intermedio. Ahí dice «OTES»: Organismos Técnico-Especializados.

Estos Organismos Técnico-Especializados tienen una función básica, que es supervisar, fiscalizar que estas actividades se desarrollen en armonía.

¿Por qué está en punteado? Porque esa libre competencia... se aspira... se busca que esa libre competencia se dé en estos mercados. ¿De acuerdo?

Finalmente, tenemos en este círculo pequeño el de los organismos reguladores de los servicios públicos.

¿Qué son servicios públicos en nuestro ordenamiento jurídico? 'Aquellas actividades esenciales que se han establecido por ley como tales, y, por lo tanto, tienen un régimen jurídico especial'.

¿Por qué me interesa esto? Porque estamos comenzando a hablar de los organismos reguladores. Porque advertimos que, a diferencia de los otros mercados, no hay una regulación social por parte del Estado, en el caso de los servicios públicos hay una regulación económica.

Y, concretamente, respecto de una función específica del regulador: establecer tarifas. Algo que no se puede hacer en el resto del mercado.

En el caso de servicios públicos, los reguladores establecen tarifas, precios públicos, dejan de lado, fíjense, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada en ese sentido. ¿Por qué? Porque existe una justificación. Estas actividades son de necesidad; y, por lo tanto, están sujetas a principios de continuidad, de universalidad, de adaptabilidad, de igualdad, y este régimen jurídico ¿qué ha hecho en nuestro reglamento jurídico?, que tengamos un organismo regulador.

Fíjense, y aquí quiero que presten atención, anoten porque luego va a ser importante para las conclusiones a las que voy a arribar.

Los reguladores son organismos del Estado. Eso queda clarísimo, pero que tienen una relación, tanto con el Estado como concedente, ¿sí?, con el concesionario y con los usuarios.

Pero, en el régimen jurídico se ha establecido que estos reguladores deben tener autonomía e independencia. ¿Para qué? Para que esa función de regulación económica: establecer tarifas, sea autónoma, sea desde la perspectiva técnica; neutral. No responda a los intereses, por ejemplo, del gobierno de turno, que podría en función a si está en un régimen o en un período electoral o no querer que las tarifas bajen o suban, o el concesionario que siempre va a querer que las tarifas estén por arriba o los usuarios que siempre van a querer que las tarifas bajen.

Entonces, el regulador tiene una función dentro del Estado, forma parte del Estado, pero debe ser neutral.

Y esto me sirve a mí, ¿no? en la regulación hay una especie de cóctel, hay algunos requisitos necesarios, indispensables, a tomar en consideración. Cuando se hace regulación económica, el regulador debe tomar en consideración los precios, la calidad, la inversión, la innovación, las condiciones. Esto quiere decir no estar sujeto a un interés particular, sino a hacer que el servicio público funcione de manera eficiente. Eso es lo que queremos en el ordenamiento jurídico.

Viene el tema de la arbitrabilidad de las decisiones de los organismos reguladores. Para eso me han invitado, no para hacer una clase de derecho administrativo.

Fíjense, ustedes, yo creo que con los fundamentos de derecho administrativo se puede dar una respuesta a esta pregunta.

Nosotros tenemos dos tipos de relaciones: una relación del Estado-concedente, ojo concedente puede ser un ministerio, puede ser un gobierno regional o un gobierno local; concesionario, cuya relación es jurídica contractual.

Y luego tiene el concesionario mismo otra relación ya con el organismo regulador, pero en una relación administrativa; jurídica-administrativa. ¿De acuerdo?

Son dos relaciones totalmente distintas. Es por eso que he puesto la línea punteada.

¿Y qué sucede cuando nos preguntamos si las decisiones de los organismos pueden ser arbitrables o no? Hay que pensar en qué funciones cumplen.

¿Y cuáles son éstas? Función regulatoria: establecer tarifas; función en el ejercicio de la potestad punitiva; sancionadora; la función de solucionar controversias o solucionar reclamos; todo eso lo hace en base a las prerrogativas y potestades que le otorga el ordenamiento con las competencias que ejerce en determinado sector.

Si esto ha quedado claro, por lo tanto, nos preguntamos: ¿oye, cómo se ejerce el control en ambas relaciones jurídicas?

Y otra vez, en la línea de tratar de aclarar las cosas, ¿no? Cuando estamos hablando de la relación jurídica contractual y surge una controversia, evidentemente, porque está establecido así en las cláusulas contractuales, y nuestro ordenamiento jurídico, como bien lo sabemos, establece el arbitraje más para este tipo de contratos; las razones no las vamos a discutir; está así, es el arbitraje.

Mientras que cuando existe en la relación jurídica-administrativa, ojo, no controversial, estamos hablando de una autoridad que está ejerciendo funciones administrativas a través de procedimientos administrativos.

Entonces, ahí no hablamos de controversias, ahí hablamos de posibilidad de que se genere alguna indefensión al administrado, a su esfera jurídica; y, por lo tanto, los mecanismos de control van a ser los que habilite el ordenamiento. ¿Cuáles son los recursos y el contencioso-administrativo?

Esto que parece claro, teóricamente hablando, ha generado toda una especie de controversia de posiciones en nuestro querido país, y voy a tratar de ir resolviendo el tema utilizando estos fundamentos de derecho administrativo.

En la relación Estado-organismo regulador y concesionario, por lo tanto, ¿qué hay? Hay actos administrativos, actos de administración interna, actos materiales, que tienen sus cauces procedimentales. Ahí se utiliza la Ley del Procedimiento Administrativo General y ahí se utilizan los recursos de reconsideración, apelación, revisión, dependiendo de la estructura del organismo, y si consideran que en sede administrativa se está causando indefensión, si ese acto administrativo, fíjense, no cumple con los requisitos de validez, de competencia, de procedimiento regular, de objeto, de motivación; se va al juez, al contencioso-administrativo.

«Es que, Alberto, es que no nos gusta el Poder Judicial». Ah, eso es otra cosa. Nuestro ordenamiento no ha pensado en que este tipo de relaciones jurídicas-administrativas sean resueltas vía arbitraje. ¿De acuerdo?

Mientras que en las resoluciones o en las controversias, nuestro ordenamiento sí ha establecido la posibilidad y se ha reafirmado en las distintas normas de que sea el arbitraje el mecanismo.

Esto, legislativamente, en el caso de las APPs, ojo, dentro del mundo de los contratos administrativos hay muchas modalidades. Una de ellas son las APPs y, de hecho, es lo que se está fomentando.

Esto ha sido resuelto, ¿no? ¿Qué dice? «Las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas, atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa». Le está diciendo normativamente lo que yo les acabo de explicar teóricamente.

Pero, a veces no queda claro. Entonces, dónde sí hay, y no sé si el tiempo me va a dar; me quedan tres minutos. Voy a tratar de plantear cuáles son los problemas, y esto sí es más complicado.

Si el regulador debe formar parte o no de los arbitrajes. Eso es más complicado. Ya está iniciando la cuenta regresiva.

Tengo que precisar, antes de entrar a la presentación, dos cosas importantes que no se pueden dejar de tomar en consideración. Existen en nuestro ordenamiento cuatro organismos reguladores.

Y, ¿por qué hablamos del caso peculiar de Ositran? Porque los tres restantes: Osiptel, Osinergmin y Sunass, no tienen los problemas que se presentan.

¿Y saben por qué? Es un tema conceptual también. En los servicios públicos domiciliarios —esto es doctrina—, agua potable, gas natural, electricidad, telecomunicaciones; servicios públicos domiciliarios, apúntenlo, hay leyes generales y reglamentos. Por lo tanto, la regulación está establecida normativamente, a diferencia de las de infraestructura de transporte.

La infraestructura de transporte, excepto el ámbito ferroviario, que tiene una ley general y un reglamento. El resto de actividades de infraestructura no tienen leyes generales ni reglamentos, y esto genera en la realidad que la regulación esté contenida en el contrato de concesión; en el contrato de APP, y aquí viene el protagonismo que tiene, a diferencia de

los otros organismos, el Ositran. ¿Por qué? Porque ingresa dentro de nuestro ordenamiento dentro del ciclo de inversión. Se prevé que el regulador Ositran forme parte del circuito, y es aquí donde nos hemos entrampado. ¿Por qué? Porque se señala con justa razón, dentro del análisis: «Oye, ¿va a formar parte o puede formar parte? ¿En qué calidad? ¿Cuál va a ser la naturaleza jurídica?»

Cuando nosotros revisamos tribunales o casos, vemos que en algunos casos sí han aceptado, en otros casos han rechazado; en algunos casos es tercero coadyuvante, en otros casos, no; y hay en doctrina, incluso, esto es más rico.

Yo con esto voy a ir terminando. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el Decreto Legislativo n.º 1362 como en su reglamento, se ha señalado y se ha regulado al respecto. Y, ¿qué dice el Decreto Legislativo n.º 1362?: «La entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales. «Oye, espera un rato, no era neutral; no era... ¿en qué calidad?». Y tú dices: «para coadyuvar al debido patrocinio del Estado». Y, ¿se acuerdan ustedes el triángulo donde requería de autonomía, de neutralidad... «¿cómo hacemos con eso?». Ojo.

Es una crítica constructiva porque la norma; la electricidad; o sea, de tenerla...

Si me permiten; me dan un par de minutos para cerrar.

La norma señala esto que puede ser muy poderoso: «para coadyuvar al patrocinio del Estado».

Parece que está tomando una posición respecto de cuál va a ser el rol del regulador dentro de los arbitrajes.

El árbitro o tribunal arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores de los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia, pero no era que su competencia tiene un cauce que es procedimental. Si eso, fíjense, desde la perspectiva administrativa queda poco clara, imagínense ustedes en el ámbito del arbitraje.

Y, por último, en el reglamento se dice en la misma línea: «la obligación de los árbitros de permitir la participación del organismo regulador es para los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador.

¿Qué se debe entender para ser pro positivos y no ser críticos? Porque podríamos pensar en... «oye, esto tiene que reformularse».

En el caso de los organismos reguladores, concretamente en el caso de Ositran, habría que ver cuál ha sido el rol que ha tenido dentro del proceso, y ¿qué es lo que se está discutiendo?

O sea, vale decir, vamos a apelar a la teoría de Einstein. Todo es relativo, ¿no es cierto?, va a depender del caso.

Si el caso amerita, pero esto es un caso por caso. Pero, donde hay claridad o donde debería haber claridad, respecto de la participación de los reguladores en los arbitrajes, es que no pueden ser parte.

Y esto de ser coadyuvantes del Estado, también debería tomarse en consideración.

¿Un tercero? Sí, ¿no? ¿*Amicus curiae*? ¿Que no esté vinculado a?

Son temas que quedan pendientes de analizar; son temas que vamos a ir viendo cómo se desarrollan a lo largo de estos años. Son temas en los que se debe discutir, se debe reflexionar, y yo agradezco, ¿no?, que me hayan permitido hacer estas reflexiones; no es un tema acabado, no he traído certezas; hay muchas dudas y con eso les dejo.

Muchas gracias.

Álvaro Priale Torres: Bueno, a continuación, el doctor Juan Carlos Pinto nos va a hablar sobre la resolución contractual en materia de contratación pública.

Como usted conoce, la resolución contractual, pues, debería ser lo último de las posibilidades ante la ejecución de un contrato.

Nadie quiere llegar a una resolución contractual porque eso, evidentemente, implica un retraso en la ejecución de la obra, pero parece que, a veces, ya no hay mayor solución que llegar a ello.

Dentro del arbitraje, ya que estamos en un congreso de arbitraje, se plantean muchas posibilidades y discusiones en torno a este tema, alguna de las cuales, entiendo el doctor Pinto va a encarar, como, por ejemplo, podría ser: «Puede un tribunal declarar la resolución de un contrato; no obstante, que las partes no lo hayan resuelto a ejecución sino sólo haya sido propuesto en la demanda de arbitraje».

Para empezar, allí hay un tema porque, si no se ha generado una controversia, ¿cómo así se puede ir al arbitraje?

Tenemos, también, lamentablemente, a veces, no acumuladas, ambas partes resuelven el contrato y se hace un arbitraje por cada una de las acciones de las partes al momento de resolver, y es cuando, entiendo, lo ideal sería que pudiera haber una acumulación. Pero, a veces, pues, no se puede, de acuerdo al propio pacto entre las partes, al momento en que han decidido establecer sus fórmulas de arbitraje.

Entonces, tenemos lo que debería ser lo último a lo que se llegue en la ejecución de un contrato, ni siquiera en el arbitraje tiene una solución fácil si no puede tener una solución de larga data.

E incluso dentro de este problema puede haber medidas cautelares, como ya hemos tratado en esta misma etapa de intervenciones, lo cual complica mucho el asunto.

Entonces, sin mayor preámbulo, le dejo la palabra al doctor Pinto.

Juan Carlos Pinto: Gracias, Álvaro.

Bueno, quiero partir por agradecerles estar todavía sentados a esta hora de la noche un viernes. Agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; a la doctora Marlene Anchante y a Silvia Rodríguez por permitirme estar acá con ustedes para compartir algunas ideas sobre esta materia que nos tiene a todos congregados.

Y también aprovechar para felicitar a la Facultad de Derecho por su aniversario y al Centro también por su vigésimo aniversario.

Bueno, para empezar, debemos partir por preguntarnos qué entendemos por resolución contractual. Pues, significa, como ya sabemos, la disolución del vínculo; la extinción de la resolución jurídica.

Normalmente, esto es operado por una de las partes; y, bueno, dependiendo del tipo de resolución, va a seguir determinado procedimiento.

Yo no quiero aburrirlos con los tipos de resolución contractual, los plazos, los procedimientos; así que vamos a saltar todo esto que tranquilamente lo van a poder leer en la ley; en la norma. Por ejemplo, una causal de disolución, principalmente, la Ley de Contrataciones del Estado, establece en su artículo 36, que cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato por incumplimiento de sus obligaciones, conforme a lo establecido en el reglamento o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a ninguna de las partes.

Pues, bueno, de igual modo, el reglamento de la ley establece, pues, las causales de resolución, el procedimiento de resolución del contrato, los efectos de la resolución y también lo que es aplicable en materia de obras.

Pues, bueno, la Ley de Contrataciones, básicamente, nos explica lo que pasa con la resolución del contrato, pero yo quiero, como adelantó un poco Álvaro, retarlos a pensar un tema que une el arbitraje con la materia de contratación pública.

Y es, justamente, la facultad de los árbitros para declarar resuelto un contrato; y, si el tiempo me lo permite, quizá también contarles algún caso de resolución contractual con acumulación de máxima penalidad.

Bueno, la pregunta es ¿puede someterse ante un tribunal arbitral la siguiente pretensión, y es que ésta estaría definida como si el tribunal puede declarar resuelto un contrato?

Bueno, lo normal es que una de las partes resuelva el contrato, y que se someta a la competencia de un tribunal arbitral la posibilidad de declarar válida esa resolución, nula la misma, eficaz o no.

Obviamente, el árbitro, pues, verificará si el procedimiento se ha seguido; eso es, más o menos, lo normal, ¿no?, una pretensión declarativa para que el árbitro se pronuncie sobre la validez del acto resolutivo.

Y en esto no hay duda de la competencia que tienen los árbitros, pues, es plena.

¿Dónde está el problema? Cuando piden al árbitro que él declare la resolución del vínculo sin que las partes hayan resuelto el contrato.

A veces, tenemos una obra que empezó en el 2003, se paralizó y ninguna de las partes tuvo, pues, la diligencia como para intimar a la otra en relación con el cumplimiento de obligaciones, y resolver el contrato.

Y, finalmente, a veces, la entidad quiere ya dejar que ese zombi siga caminando y somete a arbitraje pretensiones relacionadas con máxima penalidad que pueden derivar en una resolución de contrato, y pueden solicitar al árbitro. Ha pasado; he visto varios laudos, y justo por eso es que me animé a plantearles ese tema.

Otro tipo de situaciones es el de aquellas pretensiones en donde te dicen: «Bueno, declare, señor árbitro, que la resolución practicada por la entidad es nula. Seguidamente, declare que mi resolución contractual es válida. Y, si tampoco tengo la suerte de que mi pretensión sea amparada, pues, declare usted resuelto el contrato».

La pregunta es, si es que en esa tercera posibilidad los árbitros tienen competencia para ello o no.

Es un poco para pensar, ¿no?

Quien cree que el tema está zanjado, pues, se equivoca. Es evidente que en materia civil; en materia comercial, pues, lo tienen bastante claro. Esto sí es posible, pero en contratación pública quizá surgen algunas dudas. Ha habido un par de laudos que se los voy a mostrar, uno más antiguo que el otro, pero a partir del cual diversos profesores, colegas, árbitros a los cuales... con los cuales he conversado ese tema, han manifestado posiciones contrarias. Bueno, la pregunta es si pueden, y la otra es si no pueden.

Este laudo arbitral es emitido por un tribunal y es la más sencilla de las posiciones, que dice que los árbitros no pueden, ¿no?

Me van a permitir leerlo, y dice: «En aquel entonces, el 167 del reglamento establece que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la ley. Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible, sin afectar el contrato en su conjunto».

Eso decía la norma en ese entonces, y el razonamiento del tribunal es: «Adviértase que la normativa restringe la potestad de resolver el contrato, únicamente, a las partes por un hecho sobreviniente a la resolución del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la ley».

Y dice el tribunal: «La pretensión propone que el tribunal arbitral declare resuelto el contrato por la causal de haber perdido interés en el estudio contratado, por haber cambiado la correlación en su modelo de transporte. Siendo éste un arbitraje de derecho, el tribunal arbitral no puede representar a ninguna de las partes, y resolver el contrato infringiendo la normativa del inciso c) del artículo 40 de la ley, concordante con el reglamento, y menos sustentar dicha decisión en el supuesto de inexistente falta de interés».

Ergo, concluye que: «Es improcedente la pretensión».

Bueno, se aúnan a ese razonamiento aquellos que también lo sostienen al principio de legalidad; indican que las normas de contratación pública son normas de derecho público y éstas son, pues, imperativas casi en su

totalidad; de orden público, respecto a las cuales no puede apartarse o interpretar de forma contraria.

Bueno, justo les he traído un ejemplo de lo contrario; de la posición contraria; y bueno, el tema es cuando nos ponemos a pensar.

Yo no quiero que interpreten que yo adopto una u otra posición; quiero plantearles el problema para que ustedes también lo piensen, ¿no?

¿Se puede?

La competencia es respecto de las controversias derivadas de la ejecución del contrato; y, bueno, respecto de aquellas materias sobre las cuales las partes puedan disponer.

La pregunta es si pueden disponer de la resolución del contrato. Se entiende que, con la normativa actual, y creo que desde siempre cada parte podría resolver el contrato; y, entonces, dónde surge la limitación para someter al árbitro esta materia sobre la cual las partes podrían disponer.

Todos coincidiremos en que las prohibiciones sobre materia arbitral o arbitrable deberán ser expresas. Existe una prohibición así de tajante en el reglamento de la ley, y una pregunta muy válida también podría ser por qué es que la norma contempla la posibilidad de que los árbitros puedan declarar la nulidad del contrato. ¿Por qué interpretar que la resolución no podría ser también sometida a su competencia? Eso está en el artículo 44 de la ley.

Éste es un laudo; creo que está bastante pequeño; me disculpo un poco. Voy a tratar de leer las partes más relevantes.

Bueno, no, mejor se los resumo:

El tribunal de algún modo razona en base a la Cuarta Disposición Complementaria de la ley de arbitraje, que establece que a partir de la entrada en vigencia del decreto legislativo todas las referencias legales a jueces, a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes, con lo cual, juez y árbitro deberían ser equiparables.

Sabemos que la función jurisdiccional ejercida por los árbitros no es una plena, en tanto carecen de *coertio* y *executio*, pero debería ser plena respecto de las controversias que las partes someten a conocimiento de los árbitros.

El laudo desarrolla un poco esta facultad que tienen los árbitros y concluye en que sí pueden resolver el contrato y la Primera Sala Comercial, no hace mucho, emitió una sentencia porque, obviamente, ese laudo fue sometido a anulación y la Sala establece:

«Al respecto, debemos señalar que la pretensión de anulación del laudo debe desestimarse, por cuanto si bien el laudo arbitral de derecho ha manifestado que en relación a la pretensión de resolución contractual sometida a competencia del tribunal, la norma de contrataciones públicas no posee regulación respecto a resolución de contrato solicitado a una autoridad arbitral; es decir, que si bien existe una omisión regulativa en cuanto a la pretensión de resolución contractual sometida a competencia del tribunal, también es verdad que los mismos fundamentaron la razón por la que consideran que, pese a dicha omisión, sí se encuentran facultados para dirigir un pronunciamiento sobre la resolución del contrato por causa imputable a este Gobierno Regional, sustentándose en lo siguiente: no resulta adecuado ni lógico, menos frente a una pretensión de resolución contractual, mantener vivo un contrato que no puede ser cumplido, en consecuencia, y a criterio del tribunal resulta perfectamente posible la emisión de una declaración en derecho, un pronunciamiento por parte del juzgador declarando la resolución del contrato.»

En ese sentido, resulta necesario citar de manera referencial los artículos 1428, 1429 y 1430, y siguientes, que abordan la resolución contractual, éstos son los del Código Civil; resulta innegable la facultad que poseen los jueces de declarar resueltos los contratos y dicha facultad, también la posibilidad del tribunal arbitral desde que se recurre al arbitraje como jurisdicción en la Constitución.

En ese sentido, dice la Sala «Estando a que el tribunal arbitral para emitir pronunciamiento en relación con la pretensión de resolución contractual sometida a su competencia, ha señalado razones fácticas y normativas no corresponde estimar el referido agravio del Gobierno Regional.

Entonces, tenemos dos laudos que dicen totalmente lo contrario y tenemos una reciente resolución de la Sala que declara infundada una anulación que la plantea.

¿Como resolverían ustedes?, es la pregunta, quizá de aquí pueda salir alguna investigación, los reto a eso.

Tenía un caso bastante simpático, tengo cinco minutos, voy a tratar de correr con esto.

En este contrato se había establecido que una empresa supervisora oferta un plantel técnico de quince profesionales y con ello gana la buena pro y suscribe un contrato.

En la cláusula vigésimo quinta se establece que el supervisor utilizará el personal calificado no estando permitido cambios, salvo por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobadas; pero, curiosamente, después de suscrito el contrato y ya habiendo intercambiado alguna documentación, aparecen algunos cambios del plantel técnico.

Mediante oficio 87 el gerente de la unidad gerencial de obra, comunica al consorcio que éste había solicitado el cambio de diversos especialistas, y luego de la evaluación se aceptan los cambios.

Pero, ¿qué pasa con la aceptación de los cambios? A criterio de la entidad, esto no le impide aplicar las penalidades que establece el contrato.

La pregunta es si se puede cambiar a doce profesionales de quince ofertados. Pareciera que hubiesen querido timar a la entidad ofertando algo que no poseían o no tenían totalmente claro, y al final terminaron cambiando a todos los profesionales.

En síntesis, la citada cláusula establece como regla general que no debe cambiarse el personal calificado, salvo caso fortuito por fuerza mayor, y para el supervisor el hecho de que todos hayan renunciado es algo que es, pues, parte del derecho del trabajo es irresistible, imprevisible, y bueno, ahora todos a la vez, también es bastante coincidencia, pero dice que ésa es justamente la causal de fuerza mayor.

Obviamente, el tribunal aquí dijo que eso no era causal de supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, y sobre la penalidad pactada (me queda un minuto y pediré, por favor, un par, para terminar), la acumulación de penalidad hizo que justamente devenga en una resolución de contrato, porque acumula más del 10%.

¿Cómo lo resolverían ustedes? ¿Se puede o no se puede cambiar a doce profesionales de quince? Pareciera que debería ser justa la penalidad, justo en la resolución contractual.

Sin embargo, hay una cláusula del contrato que permitía que las partes, mejor dicho, que establecía que la penalidad se aplicaba desde el inicio de la ejecución del servicio, y la ejecución del servicio debería darse con

una comunicación expresa en donde se dijese, a partir del día 20-30 empieza el servicio, justamente esta carta no se da sino hasta después de que se solicitan los cambios y después de que esto se aprueba.

El servicio inicia con los nuevos profesionales y la pregunta ahí es, ¿cuál fue la común intención de las partes? Siempre en un partido de fútbol en donde antes de empezar el partido se hacen cambios en el camerino y se cambia a casi todo el equipo, pues parece que en este contrato eso fue lo que quisieron las partes.

¿Cuál es la común intención de las partes? Es lo que también tienen que revisar al momento de redactar sus contratos; qué es lo que quieren y qué es lo que terminan expresando la resolución es una figura que sanciona esta relación jurídica con su extinción, y tanto árbitros como partes contractuales tienen que saber bien descifrar cuál es la intención de las partes.

En este caso, el laudo declaró que las penalidades no eran aplicables, el supuesto de hecho nunca se dio porque los cambios se dieron antes del inicio de la ejecución del servicio.

Ya para terminar, y aprovechando que tengo creo, si no me equivoco, la última exposición de la mesa y con esto del Congreso, quisiera aprovechar para dejarles una pequeña reflexión y es sobre el arbitraje que practicamos en contratación pública.

Éste sigue siendo un arbitraje de derecho, tiene características particulares en este Congreso, gracias al prestigio del Centro; han podido escuchar a lo largo de estos tres días a expositores sobre materia comercial, sobre materia internacional, materia de inversiones el día de ayer y también sobre contratación pública el día de hoy.

Pues, bueno, la forma de cómo practicamos el arbitraje, es justamente el motivo de asombro, de sorpresa porque somos el único país en el mundo de arbitraje obligatorio en contratación pública, pero el cómo lo practicamos dice mucho de cómo somos como sociedad y como practicantes del derecho: los abogados, las partes y también los árbitros.

Entonces, quería concluir un poco pidiéndoles justamente asumir la práctica arbitral con mucha responsabilidad porque sigue siendo arbitraje, y en materia de contratación pública, pues, estando los fondos públicos, el interés de todos, también involucrado en esta materia que nos tiene reunidos, pues es mucho más importante. No nos diferenciamos tanto en

naturaleza de lo que significa el arbitraje comercial, que es el origen del arbitraje, básicamente, y esta es una frase de John Paulson en el prólogo al libro, si no me equivoco, de Francisco González de Cossío, que dice: «Los abogados o los practicantes de arbitraje van a empezar a entender el arbitraje internacional cuando se den cuenta de que no se trata de un arbitraje extranjero, el arbitraje internacional no tiene una casa de jurisdicción, el arbitraje internacional está diseñado para encontrar su casa en cualquier lado».

Dependiendo, entonces, con cuánta responsabilidad utilicemos la figura del arbitraje y ejerzamos la función arbitral los árbitros, pues, el país empezará a mejorar.

Muchas gracias.

Salomé Reynoso Romero: Muchas gracias.

Quiero agradecer, primero, a los sobrevivientes de estos tres días de intensa jornada. Sé que en algunos momentos nos hemos pasado de la hora. Hemos tratado ahora de acabar casi a tiempo.

Me queda agradecerles a todos los expositores que han venido a esta mesa última; lo representa, muchísimas gracias por la valentía de estar a esta hora acá viendo que de repente el público se iba y también al equipo organizador, también a los maestros de ceremonia que han estado haciendo su labor, también de manera cauta y prudente, y nada, solamente agradecerles, esperamos el siguiente año en la décimo cuarta edición, donde seguiremos tratando los temas que los hemos visto el primer día, temas de ética; muy interesante, el segundo día, JRD y ya más variado, arbitraje internacional, de inversión todo lo que es arbitraje de consumo, el tercer día lo que es la joya de la corona, todo lo que es contratación pública y arbitraje.

Muchísimas gracias, gracias expositores, gracias a todos. Nos vemos.

ACTAS DEL XIII CONGRESO INTERNACIONAL
DE ARBITRAJE DE LA PUCP - 2019
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
SEPTIEMBRE DEL 2020, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

