

**ACTAS DEL II CONGRESO INTERNACIONAL ON LINE
DE ARBITRAJE, CONSTRUCCIÓN, DISPUTE BOARDS,
ABASTECIMIENTO Y COMPLIANCE - 2021 DE LA
ASOCIACIÓN ZAMBRANO**

Volumen 101 Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Actas del II Congreso
Internacional on line de Arbitraje,
Construcción, Dispute Boards,
Abastecimiento y Compliance -
2021 de la Asociación Zambrano**



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ACTAS DEL II CONGRESO INTERNACIONAL ON LINE DE ARBITRAJE,
CONSTRUCCIÓN, DISPUTE BOARDS, ABASTECIMIENTO Y
COMPLIANCE - 2021 DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO**

© 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

© 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, marzo 2022
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 2022-

ISBN: 978-612-
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor	13
Inauguración y palabras de bienvenida <i>Mario Castillo Freyre</i> <i>Karina Zambrano Blanco</i>	15
DÍA 1	
ARBITRAJE INTERNACIONAL	
PANEL I: ARBITRAJE INTERNACIONAL	19
Estándares para determinar la existencia de actos de corrupción en el arbitraje internacional <i>Natalia Mori Torres</i>	
Actualidad del arbitraje internacional <i>Roque J. Caivano</i>	
La efectividad de decisiones cautelares en arbitrajes internacionales <i>Fernando Cantuarias Salaverry</i>	

PANEL II: ARBITRAJE DE INVERSIÓN

41

Arbitraje de inversiones. España y las energías renovables

Celia de Lorenzo

Arbitraje Internacional de Inversión Ciadi

Diana Gárate

Proyecto del Código de Conducta para Adjudicadores
en controversias Inversionistas-Estado

Ángela Cámara

Nuevas tendencias en el arbitraje de inversión.

Hacia una mayor transparencia

Juan Francisco Berckemeyer Olaechea

**PANEL III: REGLAMENTO DE LA CCI Y SU IMPACTO
EN EL ARBITRAJE**

79

Transparencia en el Reglamento de la CCI

Javier Loza Vargas

Remoción del Abogado en el Arbitraje Internacional

Sandro Espinoza

Arbitraje de emergencia y su ejecutabilidad en las decisiones
a la luz del nuevo Reglamento CCI

Mayra Bryce

Reglas de conflicto de interés incluidas en el nuevo reglamento
de la ICC

Nicolás de la Flor

Incorporación de partes adicionales al arbitraje, a propósito del nuevo Reglamento de la CCI

Claudia Quispe

PANEL IV: DEBATE COMPARADO: CONSTRUCCIÓN Y SUS COMPLICACIONES EN LA EJECUCIÓN

106

Irma Rivera (Colombia)

Francisco González de Cossío (México)

Juan Eduardo Figueroa (Chile)

Bernardo Wayar (Bolivia)

Alex Campos (Perú)

DÍA 2

ARBITRAJE NACIONAL

PANEL I: MEJORA DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

129

Algunas sugerencias para el mejor desarrollo del arbitraje en el Perú

Mario Castillo Freyre

Apelación encubierta de laudos como consecuencia del Decreto de Urgencia n.º 020

Manuel Diego Aramburú

El fin no justifica los medios. A propósito del Proyecto de Ley n.º 7161-2020, que plantea modificar el DL n.º 1071

Alberto Molero Rentería

Pensando fuera de la caja: *default arbitration* en Perú

Carlos Diez

PANEL II: EL ARBITRAJE Y SUS IMPLICANCIAS 156

Recusación de los árbitros

Alberto Montezuma

El principio de flexibilidad en el arbitraje

María Hilda Becerra

Desafíos y retos de las audiencias virtuales en la pospandemia

Nicolás Hernández Bernal

**PANEL III: RESPONSABILIDAD, CAUTELARES
Y CUANTIFICACIÓN** 183

La inmunidad de los árbitros y su responsabilidad civil y penal

Alonso Bedoya

Cuantificación y sustento del daño. Las mejores prácticas

Martín Reaño

Medidas cautelares

Juan Carlos Pinto

PANEL IV: MOTIVACIÓN DEL LAUDO 206

Anulación de los laudos arbitrales

Gonzalo García Calderón Moreyra

¿Laudos motivados o supermotivados? La perspectiva de los jueces de Lima a través del recurso de anulación de los laudos arbitrales

Ricardo León Pastor

Buenas prácticas en la motivación y redacción de laudos arbitrales

Rodolfo Miranda Miranda

**PANEL V: MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE
DE CONCIENCIA**

223

Arbitraje de conciencia

Elvira Martínez Coco

Un necesario replanteo del arbitraje de conciencia

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio

La importancia de la premediación en la resolución
de controversias

João Santos Oliveira

Mediación y arbitraje de conciencia

Guillermo Miranda Arosemena

Arbitraje *express* y otras experiencias de arbitraje célere

Carlos Castillo Rafael

La conciliación como medio de solución de conflictos

Soledad Guerrero Olaya

NOTA DEL EDITOR

Con todo agrado, publicamos el volumen 101 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, el mismo que constituye la primera parte de las *Actas del II Congreso Internacional on line de Arbitraje, Construcción, Dispute Boards, Abastecimiento y Compliance - 2021 de la Asociación Zambrano*.

Va, con esta publicación, el reiterado compromiso con nuestra amiga, la doctora Karina Zambrano Blanco, y con la excelente labor de difusión que realiza del arbitraje y demás medios e instituciones de utilidad para la solución de controversias.

Nuestro agradecimiento a ella y a todos los participantes del evento.

Lima, marzo del 2022
Mario Castillo Freyre*

* Mario Castillo Freyre es 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 y miembro del consejo directivo de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Presidente electo para el periodo 2022-2023 de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com

**ACTAS DEL II CONGRESO INTERNACIONAL
ON LINE DE ARBITRAJE, CONSTRUCCIÓN,
DISPUTE BOARDS, ABASTECIMIENTO
Y COMPLIANCE - 2021 DE LA
ASOCIACIÓN ZAMBRANO**

INAUGURACIÓN Y PALABRAS DE BIENVENIDA

*Mario Castillo Freyre
Karina Zambrano Blanco¹*

Una vez al año, desde el 2013, el Centro de Arbitraje de Asociación Zambrano organiza un encuentro de árbitros y expertos denominado «congreso», que tiene por objetivo promover el arbitraje, los *dispute boards*, la mediación y la conciliación en la resolución de conflictos que surge a propósito de la problemática en la construcción y el abastecimiento.

Mario Castillo Freyre: Muy buenas tardes, amigos del Perú y del mundo.

¹ Presidenta de la Asociación Zambrano de Desarrollo y Gestión de la Función Pública y Privada, Centro de Arbitraje y Dispute Boards, Centro de Capacitación y Centro de Conciliación Soluciona. Abogada por la Universidad Nacional San Antonio Abad de Cusco. Concluyó el doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de especialidad en el Centro de Altos Estudios Nacionales, CAEN y ESAN, capacitadora de OSCE y del Ministerio de Justicia. Fundadora del Centro de Arbitraje y Dispute Board de Asociación Zambrano de Desarrollo y Formación de la Gestión Pública y Privada, y del Centro de Conciliación Soluciona. Actualmente, es árbitra y concilia en los principales centros de arbitraje del país.

Hace unos días nuestra querida amiga, Karina Zambrano, me pidió dirigir unas palabras en esta inauguración del II Congreso *on line* de Arbitraje, Construcción, *Dispute Boards*, Abastecimiento y *Compliance*, lo que agradezco sobremanera y considero inmerecido privilegio.

Como siempre señala Karina —recuerdo sus palabras del congreso anterior—, es muy importante que, a pesar de las restricciones que todos conocemos, nos sigamos reuniendo por segundo año de manera virtual.

Puedo decir que Karina nos sigue sorprendiendo no solo por la variedad de temas, por los países de origen de los expositores, que cada vez son más diversos, sino también por el número de ellos, pues ahora supera los ochenta.

Felicitaciones a ella, a la asociación que preside y a todos quienes van a participar en este evento, ya sea exponiendo, debatiendo o asistiendo en calidad de espectadores. Tengo la seguridad de que cuando nos reunamos en persona, este congreso, que ya congregaba un muy buen número de profesionales en el arbitraje, otros medios de resolución de conflictos y temas de contratación pública, tendrá que mantener de manera paralela su carácter virtual para seguir llegando a auditorios tan vastos como el compuesto por las miles de personas que en este momento, de seguro, nos están viendo.

Para concluir, debo reiterar a Karina mi agradecimiento por permitirnos compilar año a año, en las páginas de la *Biblioteca de Arbitraje*, las actas de sus congresos, las mismas que están colgadas en internet, un valioso apoyo para quienes nos dedicamos a estas áreas del ejercicio profesional.

Karina Zambrano Blanco: Muy buenas tardes, queridos amigos, colegas, soldados, guerreros de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Para mí es un honor estar presente el día de hoy con ustedes.

Me siento nerviosa y emocionada como la primera vez, como el primer evento que organicé en el 2000, y realmente quiero felicitarlos a cada uno de ustedes por el tiempo que se dan en permanecer en los medios alternativos de solución de conflictos y, sobre todo, en esta ceremonia.

Quiero agradecer a nuestro amigo José Altamirano, quien es presidente del Centro de Arbitraje de la Asociación Zambrano. Es abogado, ha sido director de la Dirección de Cultura de Cusco. Es creador del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cusco e, incluso, presidente de la misma Cámara.

Mi querido doctor Mario Castillo, quien desde el primer evento del congreso nos apoyó con la edición del libro de las actas del congreso, donde están todas las ponencias de cada uno de los expositores.

Tenemos desde el 2013 formando solo árbitros, adjudicadores, mediadores y negociadores. Sí, doctor Mario, mi reconocimiento por su generosidad, desprendimiento y apoyo incondicional en difundir el arbitraje, la construcción, el abastecimiento y ahora *compliance*.

Quiero contarles algo que pasa en el lugar donde yo nací, que es el Cusco, que es un lugar divino. Existe una comunidad que se llama Keros. Esta comunidad está en un lugar muy alejado del Cusco y dice la leyenda que, si la humanidad desaparecía, Keros renacería. O sea, Keros es el último vestigio de humanidad; es la nueva humanidad.

¿Y cómo es la vivencia en Keros? Es simple. Solo necesitan un poco de comida, un poco de bebida y un lugar donde descansar. Todos viven en armonía y en paz. No hay dinero, no hay conflictos y no hay interés.

¿Y qué pasaría si el sistema de justicia colapsa, junto con el sistema de gobierno? No creemos en los políticos.

¿Qué pasaría si colapsa el sistema económico y colapsa el sistema religioso? Y, sobre todo ¿qué pasaría si colapsa el sistema de justicia? ¿Quién resolvería los conflictos si ya no hay Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional? Seríamos nosotros los árbitros, los conciliadores, los mediadores, los adjudicadores, los negociadores, o sea, nosotros tendríamos que pasar a resolver todo tipo de conflictos y solo basados en el amor y la experiencia.

Es por eso que si bien yo no creo en las instituciones, creo en los árbitros. Creo en cada una de las personas que está en el congreso y presente en esta audiencia, porque nosotros somos esa generación. Esa generación que si en algún momento colapsa el sistema, resolverá los conflictos.

Y sin necesidad de colapsar, ya estamos resolviendo los conflictos. Hemos entregado más de veinte, treinta e, incluso, más de cuarenta años de vida resolviendo conflictos.

Quiero felicitar a cada uno de los expositores que están presentes aquí. Ya los conoceréis por sus exposiciones. Quiero agradecer a cada uno de ustedes por la fuerza, la alegría, el acompañamiento todos estos años. Me siento muy bendecida.

Asimismo, quiero hacer un minuto de silencio por nuestros amigos, familiares y nuestros colegas que hace poco se fueron, y por los que se irán, dicen que esta pandemia durará cuatro años. Estamos en guerra, estamos avisados.

Doy por inaugurado el II Congreso Anual de Arbitraje, Construcción, *Dispute Boards*, Abastecimiento y *Compliance*. Quedan todos bienvenidos y damos inicio al primer panel del congreso. Muchas gracias.

DÍA 1

ARBITRAJE INTERNACIONAL

PANEL I: ARBITRAJE INTERNACIONAL

Estándares para determinar la existencia de actos de corrupción en el arbitraje internacional

*Natalia Mori Torres*¹

Actualidad del arbitraje internacional

*Roque J. Caivano*²

La efectividad de decisiones cautelares en arbitrajes internacionales

*Fernando Cantuarias Salaverry*³

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con maestría en Arbitraje Internacional por la Universidad de Nueva York. Es asociada sénior del Estudio Echeconar. Cuenta experiencia de diez años en el área regulatoria, APP, iniciativas privadas, proyectos de infraestructura, asesoría en procedimientos administrativos. Su experiencia en arbitraje está principalmente enfocada en controversias vinculadas con contratos de concesión de infraestructura. Ha representado a clientes en arbitrajes internacionales, comerciales y de inversión.

² Doctor en Ciencias Jurídicas. Abogado y árbitro independiente. Profesor de la UBA en Buenos Aires y en las Universidades Austral, Siglo XXI y Torcuato di Tella en Argentina. Presidente del Comité Organizador de la Competencia Internacional de Arbitraje. Director de la *Revista Argentina de Arbitraje*. Director de la Diplomatura en Arbitraje de la Universidad Austral. Fue integrante de la Comisión Redactora de la actual Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Argentina. Ha dictado cursos, talleres, conferencias, disertaciones en la Argentina y en el exterior.

³ Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

Fernando Cantuarias Salaverry: Muchas gracias, estimada doctora Zambrano. Un placer inmenso vernos, aunque sea a la distancia.

Tengo a cargo el primer panel donde estará el doctor Roque Caivano y la doctora Natalia Mori, y lastimosamente, por razones de fuerza mayor, no va a estar con nosotros el doctor Guillermo Argerich, quien ha tenido que disculparse a último momento, pero esperamos tenerlo pronto.

La mecánica va a ser la siguiente. Primero hablará la doctora Natalia Mori, luego intervendrá el doctor Roque Caivano y, finalmente, haré lo propio dentro del periodo que está asignado.

Natalia Mori Torres: Buenas tardes con todos.

Espero que este panel, y este tema particular que voy a compartir con algunas ideas muy breves, sea de su interés. El tema a mi cargo el día de hoy es «El estándar probatorio para determinar la existencia de actos de corrupción en el arbitraje internacional».

Hay muchísimas cosas que podríamos hablar acerca del tema de corrupción en el arbitraje internacional y quería, como una primera pauta, plantear que existen diferentes escenarios, hay que saber cuáles, de qué tipo de alegaciones estamos hablando, en qué arbitraje estamos, cuáles son esos estándares que diversos tribunales arbitrales y la doctrina internacional han distinguido.

No podré detenerme en cada uno de estos, pero solamente quería compartir con ustedes algunos datos principales.

Cuando hablamos de alegaciones de corrupción en el arbitraje internacional normalmente tenemos dos escenarios: una parte, normalmente, es el Estado o una entidad estatal que alega que el contrato materia del arbitraje fue obtenido por corrupción. Normalmente, este tema es levantado por la parte estatal como una defensa; pero también tenemos otros casos —los menos—, en los que el propio inversionista o el agente privado es el que alega que el Gobierno es el que ha incurrido en prácticas de corrupción porque se ha coludido, por ejemplo, con un tercer competidor en la licitación pública.

Entonces, hay que distinguir para saber cómo es que los tribunales han analizado estos diferente escenarios. Luego, otra distinción es que aunque vamos a ver que los estándares que se aplican son los mismos en el arbitraje de inversión que en el arbitraje comercial, hay algunas diferencias porque —para ubicarnos un poco— hay que saber si estamos ante un arbitraje de inversión donde aplica mucho la teoría de las manos limpias, y a veces —en la mayoría de casos que he podido revisar— los tribunales resuelven las alegaciones de corrupción como si se tratase de una cuestión de jurisdicción y no como en el fondo. Vamos a ver, no estoy diciendo si estoy de acuerdo o no, pero es lo que pasa.

También hay, obviamente, muchos tribunales que sí lo deciden en el fondo, pero en el arbitraje internacional comercial no suele darse esa discusión. Esto se evalúa —al menos en la experiencia que yo he visto— en el fondo, al emitir el laudo.

Y respecto de los estándares probatorios, se puede distinguir dos estándares de prueba para temas de corrupción. El estándar de la evidencia clara y convincente, y el estándar del balance de probabilidades o preponderancia de prueba.

Voy a pasar claramente a explicar cada uno de ellos. Entonces, ¿en qué consiste el estándar de evidencia clara y convincente?

Este estándar parte de una premisa básica, que las alegaciones de corrupción son bastante graves, no solamente por las consecuencias que traen respecto al contrato, que ya hacia la controversia, sino además a las personas involucradas, a los sujetos, a las personas jurídicas, personas naturales que pueden estar involucradas.

Entonces, este estándar postula la idea de que hay que tener un análisis riguroso, un estándar alto de la prueba donde si bien es cierto, no se va a exigir una prueba directa de corrupción, porque eso sería virtualmente imposible, salvo algunas excepciones, pero prácticamente imposible, sí se necesita que haya no solamente meros indicios circunstanciales, sino indicios, prueba indirecta circunstancial, pero tienen que ser precisos, tienen que ser graves, tienen que ser concordantes.

Entonces, este estándar suele ser un estándar más riguroso, más estricto para la parte que alega la existencia de actos de corrupción.

Algunos casos en los que se ha aplicado este estándar son los que ven en pantalla. No me voy a detener sobre ellos, pero son varios y todavía hay una discusión, digamos, cuál es el estándar que puede aplicar un tribunal actualmente.

En mi práctica profesional he tenido la oportunidad de ver dos arbitrajes internacionales con dos tribunales distintos, en los que ambos tribunales aplicaron un estándar distinto, cada uno escogió el suyo. Finalmente, llegaron a la misma conclusión y esa es una reflexión final que quería hacer, pero no hay, digamos, una posición mayoritaria, minoritaria o claramente mayoritaria y minoritaria.

Digamos, los tribunales, incluso, al día de hoy, todavía se preguntan qué estándar aplicar.

El otro estándar es balance de probabilidades o preponderancia de la prueba. Este se basa en la premisa de que los actos de corrupción pueden ser actos de simulación. Es muy difícil probar corrupción. Entonces, los tribunales tienen que analizar la situación, en general. Esto suele darse de la mano con el método de los *red flags* que básicamente es para comprobar actos de corrupción. Hay que analizar todos los indicios, circunstancias, así no sean específicamente precisos de corrupción, pero hay que ver cómo la figura completa para determinar si existen o no actos de corrupción, e incluso hay algunos documentos que les pueden servir a quienes actúan como árbitros como guías, donde se dice cuáles son estos *red flags*.

Pero si estás en un país en donde corrupción es el día a día, si estás ante una empresa que no tiene ni un solo manual anticorrupción, políticas anticorrupción, departamento de *compliance*, si es que hay investigaciones penales en curso, si esta empresa ya fue condenada anteriormente por actos de corrupción y una serie de indicios que, obviamente, después de ser evaluados en el caso concreto conforme a las pruebas documentales o las que fuera que se aporten al arbitraje, los árbitros pueden tomar en cuenta para determinar que existe una mayor probabilidad, no por eso es más preponderante la prueba que indica corrupción, que la que no.

Por ejemplo, en el caso de Metal-Tech se concluyó que hubo actos de corrupción, basándose en este estándar. Son muy pocos arbitrajes internacionales en los que el tribunal ha llegado a la conclusión que aplicando uno u otro estándar hubo suficiente evidencia de corrupción. En la mayoría de casos, así se aplique el estándar de preponderancia de la prueba, es muy difícil probar o ganar un caso de corrupción.

Más allá del estándar y de que yo, tribunal o árbitro, concluya que tal contrato fue obtenido por corrupción, lo que quería comentarles es: ¿cuál es la consecuencia?

Aquí quería hablarles sobre el enfoque transnacional que ha tenido la política anticorrupción en el mundo. Hay una serie de tratados internacionales, multilaterales de la ONU, de la OEA, del Consejo de Europa, de la Unión Europea, una lista larga de tratados que tocan este tema de la política anticorrupción. Y, básicamente, la justificación de esta política global de la anticorrupción es porque se quiere evitar los efectos negativos que tienen los actos de corrupción para el desarrollo sostenible. Es decir, actualmente, la justificación de una política como esta es que va a ser un objetivo intermedio hacia un desarrollo económico, es decir, los actos de corrupción pueden afectar el desarrollo sostenible de un país. Entonces, es por ello que se quiere eliminar los efectos negativos de la corrupción.

Entonces, ¿cuáles son algunas premisas de esta política? Se distingue en los contratos para sobornar; o sea, un contrato entre dos partes donde se acuerda pagar un soborno por contratos legales que han sido obtenidos por medios corruptos por pagar una coima en una licitación o en un proceso de selección.

Entonces, teniendo en cuenta estas diferencias, porque, en la primera, los contratos para pagar sobornos, aplica una política de tolerancia cero. Esos contratos son inválidos versus los contratos legales, un contrato de construcción, de infraestructura pública que ha sido obtenido por el pago de una coima, por ejemplo.

Entonces, la política global actualmente considera que ningún remedio contra el soborno debería socavar el objetivo del desarrollo sólido y equitativo de qué es lo que busca lograr esta política global anticorrupción.

¿Qué quiere decir esto? Que no necesariamente la consecuencia va a ser que se anule el contrato. Y, en esta línea, el artículo 34 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción nos dice que el Perú y la mayoría de Estados latinoamericanos son parte de esta

convención y hay que considerar los derechos adquiridos por terceros de buena fe, y que cada Estado va a determinar qué medidas adoptará para eliminar la existencia de actos de corrupción, y podrá considerar la corrupción como un factor pertinente para anular y dejar sin efecto un contrato o adoptar cualquier medida correctiva.

Entonces, se le da un amplio margen de decisión a los Estados para decidir qué consecuencia le va a dar a la existencia de actos de corrupción.

Esto va de la mano con lo que resolvió un tribunal en el caso de *Niko Resources vs. Bangladesh*, en donde, básicamente, casi adopta el lenguaje de la Convención cuando dice que en las consecuencias de la corrupción primero que se tienen que tomar en cuenta los derechos adquiridos por terceros, pero, además, la consecuencia de la corrupción no es automáticamente la nulidad del contrato o la anulación del contrato.

Entonces, teniendo este panorama de distintos estándares que se aplican y cuál es la consecuencia, qué es lo que busca la política global anticorrupción actualmente, es que hay que buscar una solución equilibrada entre la necesidad de castigar al que incurre en actos de corrupción —esas consecuencias van a ser penales, no las va a dar un árbitro o un tribunal— y la necesidad o no, dependiente de cada caso, de mantener o de satisfacer ese interés público en el desarrollo y ejecución de un proyecto de infraestructura o de otro tipo.

Entonces, ese es el enfoque que actualmente se le da a la política anticorrupción y que muchos tribunales adoptan. Es decir, primera valla es el estándar probatorio, pero una vez que has probado corrupción, no necesariamente la consecuencia suele, es o va a ser la nulidad de ese contrato, sino hay todo este análisis adicional que se tiene que hacer, que los tribunales hacen.

Quería comentarles que existe la Ley n.º 30737 que, básicamente, lo que hace es decir cuáles son las consecuencias para las empresas que han sido condenadas por actos de corrupción o personas jurídicas halladas culpables de actos de corrupción, ya sea por haber confesado o porque uno de sus representantes fue condenado.

Entonces, esta ley adopta esta idea, esta política global anticorrupción que es la nulidad del contrato no va a ser la consecuencia, en este caso los contratos de obra pública y de infraestructura pública, o sea, APP. Y, básicamente, lo que busca es que se garantice la continuidad de los proyectos, estableciendo una serie de medidas restrictivas, castigos, medidas administrativas, suspensión de transferencias en el extranjero, retención de pago, establecimiento de un fideicomiso para garantizar el pago de la posterior reparación civil a favor del Estado que se va a aplicar en caso exista corrupción, si se ha determinado la existencia de corrupción en alguno de estos contratos, pero que no implica la nulidad de ese contrato. Eso, sin perjuicio, obviamente, de las sanciones penales, que es otro tema, y del incentivo que establece la norma a que los inversionistas cambien. O sea, el escenario ideal de esta ley lo que busca es incentivar que salgan los accionistas que hayan estado involucrados en ese tipo de prácticas, y sean reemplazados por otros de buena fe.

Entonces, el Banco Interamericano de Desarrollo tiene un documento emitido en el 2018 en el que analizó esta ley y dijo que esta norma era una solución equilibrada. No lo dijo con esas palabras exactas, pero comparó las soluciones que habían dado otros países como Colombia, en donde fue un enfoque de tolerancia cero, hay que anular todos los contratos, versus el Perú, que aprobó esta norma que, a pesar de las críticas que ha tenido, lo que subyace detrás de esta norma es que hay que castigar, pero también queremos que los proyectos continúen ejecutándose por el interés público que existe detrás.

Entonces, con eso concluyo mi exposición y espero que haya sido de su interés.

Fernando Cantuarias Salaverri: Muchas gracias, doctora Mori. Muy interesante.

A continuación, tengo el privilegio de presentar a Roque Caivano, quien nos va a presentar el tema «Actualidad en el arbitraje internacional», quién mejor que él para comentarnos todos los desarrollos que hemos tenido en el mundo del arbitraje internacional en este año extraño, en este año pandémico.

Roque J. Caivano: Muy agradecido y honrado de participar en este panel.

Me pareció útil circunscribir la presentación a dos temas relevantes que han pasado en el 2021, en lo poco que llevamos caminando el 2021. Dos de las principales instituciones que administran arbitrajes en el mundo: la Cámara de Comercio Internacional y la Corte de Arbitraje de Londres —la London Court of International Arbitration—, casualmente, han actualizado sus reglamentos, en una línea similar.

Por razones de tiempo, no vamos a poder hacer un análisis exhaustivo de ninguno de los dos, y me pareció, simplemente, útil refrescar cuáles son los principales elementos que ha modificado el Reglamento de la CCI en la versión que entró en vigor el 1 de enero de 2021.

El Reglamento del 2021 de la CCI focaliza, principalmente, sus modificaciones en cinco aspectos.

Primero, en aquellos vinculados con arbitrajes con partes múltiples o con contratos múltiples, lo que tiene que ver con la incorporación de partes adicionales y con la consolidación de arbitrajes. Se ha avanzado también fuertemente desde el Reglamento en la virtualización del proceso, especialmente, a partir de todo lo que hemos vivido desde marzo del año pasado con la pandemia, ha reforzado algunas reglas sobre independencia e imparcialidad de los árbitros.

Ha incluido una interesante norma sobre la designación de los árbitros por parte de la corte y ha incorporado algo que, para quienes estamos familiarizados con la ley peruana, no es ninguna novedad, que es la incorporación del recurso de anulación.

Vamos a repasar muy rápidamente estos aspectos para, simplemente, tener en contexto lo que significa la forma del Reglamento 2021 de la CCI.

Todos sabemos que, en la actualidad, muchos arbitrajes incluyen partes múltiples y son derivados de relaciones jurídicas también.

Entonces, esto es un fenómeno de complejización del arbitraje internacional que viene dándose desde hace algunos años, pero que se está acentuando cada vez más.

En los hechos, les diría que de los arbitrajes internacionales que hoy tengo en trámite son muy pocos aquellos en los cuales se trata de un arbitraje con dos únicas partes. En casi todos ellos intervienen más de dos partes.

Y ya desde la versión 2012, el Reglamento de la CCI preveía la incorporación de partes adicionales, estableciendo algunos requisitos como que todas las partes debían estar vinculadas por un mismo acuerdo arbitral o, en caso de estar vinculadas por más de un acuerdo arbitral, que estos fuesen compatibles, en el sentido de que no hubiesen diferencias sustanciales entre ellos, entendiéndose por diferencias sustanciales, por ejemplo, aquellas que tienen que ver con la elección de la sede, con la cantidad de árbitros, con el idioma o con el derecho aplicable o, eventualmente, si uno fuese arbitraje de equidad y el otro de derecho.

La novedad que incorpora la reforma 2001 del Reglamento de la CCI es que flexibiliza la posibilidad de incorporar partes adicionales porque las reglas, hasta el año pasado, contemplaban como uno de los

requisitos para hacer posible la incorporación de partes adicionales, que el tribunal no estuviese aún constituido.

Esto tiene una razón de ser, y es que, obviamente, aquella parte que se incorpora tardíamente al proceso, o que se pretende que se incorpore tardíamente al proceso debe estar en igualdad de condiciones con el resto a la hora de proponer o designar árbitros, si fuese el caso.

La novedad que trae el Reglamento, entonces, es que este requisito se flexibiliza y se admite que la incorporación de un tercero pueda solicitarse aún después de constituido el tribunal, obviamente, sujeto a la condición de que la parte adicional, cuya incorporación se propone, preste conformidad con la integración del tribunal actual.

Pero en la línea de hacer más sencilla o posibilitar en mayor medida la incorporación de partes adicionales, la CCI empieza a flexibilizar y a liberar algunos de sus requisitos.

Algo similar sucede con la consolidación. La consolidación de procesos, como todos ustedes saben, se produce cuando se inicia simultáneamente o sucesivamente más de un arbitraje, en los cuales existe la conveniencia de tratarlos todos en un único proceso a través de un único tribunal arbitral. Esto no solamente por razones de costo y de economía procesal, sino, fundamentalmente, para evitar la posibilidad de sentencias contradictorias cuando se trata de procesos que si bien nacieron como procesos individuales, tienen una conexión tal que un laudo dictado en uno de ellos podría tener efecto en los demás.

La consolidación también estaba prevista en las reglas anteriores y los requisitos que prevenían era que los arbitrajes sean tramitados entre las mismas partes y que, además, la controversia surja de la misma relación jurídica, no necesariamente del mismo contrato, en el sentido de instrumento, sino de la misma relación económica o jurídica del

mismo negocio jurídico, que todos los arbitrajes nacieran de ese mismo negocio jurídico.

Lo que el Reglamento ahora flexibiliza es que es posible la consolidación de arbitrajes no solamente cuando los acuerdos arbitrales sean los mismos o idénticos, sino también cuando se trate de acuerdos arbitrales compatibles.

Este requisito, que ya estaba para la incorporación de partes adicionales, se trae también para proceder a la eventual consolidación de procesos, haciendo de esta forma más flexible el trámite de la consolidación.

De manera no novedosa, la CCI incorpora en el Reglamento algunas normas que estaban en las notas sobre la conducción de procesos arbitrales bajo el Reglamento CCI que, como todos sabemos, no son normas reglamentarias en el sentido estricto, sino que son guías que la Secretaría de la CCI transmite a los árbitros para una conducción más eficaz del procedimiento.

En esas notas ya se contemplaban las comunicaciones electrónicas, se trataba de reducir al máximo posible la circulación de escritos y presentaciones en soporte papel, pero ahora esto se incorpora al Reglamento, del mismo modo que la posibilidad de realizar audiencias virtuales.

En las notas sobre la conducción del procedimiento se recomendaba que cuando fuese posible y conveniente, las audiencias se llevaran a cabo por medios telemáticos a través de teléfono o medios audiovisuales o lo que fuera.

Bueno, esta norma ahora pasa al Reglamento, con lo cual deja de ser una sugerencia, una norma de *soft law* de buenas prácticas arbitrales para ser una norma de corte reglamentario y, por lo tanto, obligatoria para las partes y para el tribunal arbitral.

En materia de independencia e imparcialidad, recordemos que la CCI ha sido pionera en reforzar la protección de la independencia e imparcialidad de los árbitros, por ejemplo, estableciendo un estándar muy alto en el deber de revelación. Los árbitros deben revelar todas aquellas circunstancias que, a los ojos de las partes, no a sus propios ojos, puedan dar la impresión de generar un conflicto de interés.

En esa misma línea, el Reglamento 2001 incorpora dos novedades —que son novedades en el Reglamento de la CCI, no en el mundo del arbitraje, porque son reglas que ya existen en las reglas de la IBA, por ejemplo—, una es la cuestión del cambio de representantes de las partes.

Cuando alguna de las partes, durante el arbitraje, cambia sus representantes, sus abogados, el Reglamento pone a cargo de las partes la obligación de informarlo inmediatamente, porque muchas veces el cambio de un representante de una parte durante el arbitraje obedece a la conveniencia estratégica de pretender desplazar alguno de los árbitros del tribunal.

Si una parte introduce como nuevo representante a alguien que tiene un conflicto de interés con alguno de los árbitros del tribunal arbitral esto, evidentemente, va a generar una posible recusación de los árbitros.

Para evitar esto, lo que las reglas prevén es que el cambio de representante, primero, debe ser informado inmediatamente y, segundo, se faculta al tribunal a tomar todas las medidas apropiadas para solucionar el conflicto de interés, incluyendo la posibilidad de ordenar la exclusión en la participación del arbitraje de ese representante de todo o en parte del arbitraje.

De nuevo, esta no es una regla novedosa. Ya está en las directrices de la IBA sobre representación de partes en el arbitraje, pero la CCI la hace propia y la incorpora con carácter obligatorio al Reglamento.

También está la existencia de financiadores de terceros para alguna de las partes en el arbitraje. Es un tema que ha venido generando mucha preocupación en los últimos tiempos por el potencial conflicto de intereses que puede suscitar. De la mano de las reglas de la IBA sobre conflictos de intereses, que ya lo estaba contemplando, y de las propias notas sobre conducción del procedimiento de la CCI, la CCI eleva al rango de norma reglamentaria la obligación de informar de manera inmediata la existencia de terceros financiando el arbitraje que, como se sabe, puede presentar un conflicto de interés por la existencia de un interés directo del financiador en la resolución del proceso, aun cuando pueda considerarse una parte en sentido estricto.

Respecto de la designación de los árbitros, el Reglamento prevé que, no obstante el acuerdo entre las partes sobre el modo de constituir el tribunal en circunstancias excepcionales, la Corte podrá nombrar a todos los árbitros para evitar un riesgo significativo de trato injusto y desigual que pueda afectar la validez del laudo.

Esto tampoco es novedoso en el mundo del arbitraje. La propia ley peruana tiene una regla en la cual se considera nula la estipulación en un acuerdo arbitral conforme que alguna de las partes tenga una situación de privilegio en la designación de los árbitros, y lo que incorpora el Reglamento ahora es la posibilidad de que la Corte de la CCI sea parte en circunstancias excepcionales del acuerdo entre las partes para designar todos los árbitros de manera directa si la forma prevista en el acuerdo arbitral para designar árbitros puede entrañar un riesgo importante sobre la validez del laudo.

Y, finalmente, la CCI incorporó el recurso de integración. Sabemos que, además de los recursos o acciones de anulación que se prevé en las legislaciones, los reglamentos suelen contemplar algunos recursos internos, que son como facultades residuales del tribunal una vez que se dicta el laudo, para corregir errores de tipeo, errores de cálculo o errores en la

expresión de lo que el laudo quiere resolver; y el recurso de interpretación, que lo que propicia es la posibilidad de que el tribunal clarifique aquello que ha decidido en cuanto a la parte resolutive.

Estos recursos ya existían y se mantienen, pero de manera novedosa la CCI incorpora el recurso de integración, es decir, la posibilidad de que el tribunal dicte laudos adicionales sobre aquellas cuestiones que se plantearon en el arbitraje que están comprendidas también dentro del acuerdo arbitral, pero que se omitieron resolver en el laudo.

Este recurso que existe en muchas normas comparadas como la ley peruana, por ejemplo, tiene un claro propósito de evitar una posible causa de anulación por violación al principio de congruencia, cuando el tribunal arbitral no resuelve todo aquello que debía resolver.

El principio de congruencia es un principio del derecho procesal que requiere que una sentencia aborde todos y solo los temas que han sido planteados en el proceso, y la omisión de hacerlo constituiría una infracción al principio de congruencia bajo la figura de un laudo *infra petita* que, conforme a muchas leyes, es una causal de nulidad.

Para evitar el mal mayor que significa una acción o un recurso de anulación de laudo, la CCI incorpora este recurso para permitir al tribunal subsanar esa omisión y corregir ese defecto del laudo.

Con esto, dejo rápidamente presentadas algunas de las principales reformas del reglamento de la CCI y quedo a disposición de los asistentes para cualquier consulta.

Muchas gracias.

Fernando Cantuarias Salaverry: Gracias, estimado Roque.

La verdad es que un reglamento de la London Court, que entró en vigencia en octubre del año pasado, y este Reglamento de la CCI que

nos acompaña desde el 1 de enero de este año creo que son, efectivamente, los dos eventos en materia de arbitraje internacional.

«La efectividad de decisiones cautelares en arbitrajes internacionales»

He querido empatar la aproximación de Roque sobre las novedades en el Reglamento del tribunal para tocar, muy rápidamente, qué de novedoso respecto al arbitraje internacional ha habido en el Perú.

Quiero hacer muy rápidamente referencia a un fallo que ha pasado desapercibido. Si bien es un fallo de finales del 2019, como vamos a ver al final, en el Poder Judicial se colgó en el 2020 y por razones de pandemia no ha habido oportunidad de analizar, pero creo que es relevante que lo sepamos. Es el tema de «La efectividad de las decisiones cautelares en los arbitrajes internacionales», en particular, en el Perú.

A muchos les puede parecer extraño lo que acabo de afirmar. La Ley Modelo Uncitral, desde la versión de 1996, reconocía en los tribunales arbitrales la facultad de los árbitros de emitir medidas cautelares. Es más, la ley peruana de arbitraje del año 1996 era una de las primeras en América Latina porque la del 2006 poco ha agregado. Desde el año 1996, la ley peruana de arbitraje permitía y establecía que los árbitros podían emitir medidas cautelares dentro de un proceso arbitral regular. Y esto es una figura que se encuentra en la mayoría de las legislaciones arbitrales, no en todas, pero en la mayoría; sin embargo, el gran problema no es que los tribunales arbitrales tengamos facultades para emitir medidas cautelares, sino la eficacia de esas decisiones fuera de la sede del tribunal arbitral.

Aquí el principal problema es que en la Convención de Nueva York, que es el tratado que aplica para reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, ha sido interpretado de manera estricta por el grueso de

los poderes judiciales que se han enfrentado a este problema, identificando que una medida cautelar no es un laudo porque no es definitiva y, por tanto, salvo una experiencia muy particular de una corte norteamericana, insisto, el resto de tribunales judiciales se han enfrentado al tema de las medidas cautelares.

Se ha afirmado que estas medidas cautelares dictadas, por ejemplo, en Lima no se pueden llevar, con base en la Convención de Nueva York, por ejemplo, a París o a Alemania, etcétera, porque no son laudos, es decir, no son definitivos. Y esto, entonces, nos obliga a entender cuál es el problema.

Imaginemos que estamos en un arbitraje en el Perú, que una de las partes no domicilie en el Perú y se pide una medida cautelar para ser emitida por el tribunal arbitral en sede limeña, pero que se tiene que ejecutar en España.

¿Cómo se ejecuta esa decisión en España si no cabe aplicar la Convención de Nueva York? Este es uno de los grandes problemas que tiene actualmente el arbitraje comercial: la eficacia en las medidas cautelares. No hay respuestas o, por lo menos, no hay respuestas universales, como sí las hay cuando se trata de laudos porque ahí sí aplica la Convención de Nueva York.

Desgraciadamente, por ejemplo, en América Latina, la eficacia de una decisión cautelar, por ejemplo, con sede en Lima, para ser llevada a cabo y ser ejecutada en otro país de la región latinoamericana se encuentra terriblemente limitada porque hay dos tratados de los cuales el Perú es parte, dos tratados latinoamericanos pobrísimos, lamentables, como tantos que se han hecho en América Latina a nivel comercial y civil. Me estoy refiriendo a estos «trataduchos» que nadie ha utilizado ni podrá utilizar jamás porque son letra muerta, nacieron muertos: la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de Panamá, del año 1975, y el Protocolo Adicional de la Convención Interamericana sobre

Exhortos y Cartas Rogatorias de Montevideo de 1979, inútiles totalmente, pero que supuestamente serían la única vía que tendríamos en América Latina para que una decisión cautelar dictada por un tribunal arbitral en Lima pudiese tener eficacia en otro territorio latinoamericano.

Se ha tratado de resolver el problema. La Uncitral —que, como sabemos, es la Comisión de Naciones Unidas que ve el tema del comercio internacional y que fue, además, la autora de la Ley Modelo famosa que tanto importa en el mundo— analizó la posibilidad de que se preparara un protocolo adicional a la Convención de Nueva York, pero al final se descartó esta posibilidad de un protocolo adicional sobre medidas cautelares en el arbitraje, por la dificultad que los Estados se incorporaran a ella y, además, porque pudiese generar problemas en la ejecución de la Convención de Nueva York que, como todos sabemos, es muy exitosa.

Entonces, la Uncitral, en la versión de la Ley Modelo del año 2006, que es la última versión que ha sido aprobada, incorporó el artículo 17H de esta Convención.

¿Y cuál es la virtud este artículo 17H? De alguna manera está contenido en lo que es el artículo 48 inciso 4 de nuestra actual Ley de Arbitraje del año 2008, e incorporó, obviamente, las modificaciones de la Ley Modelo del año 2006. Esta norma lo que nos dice, siguiendo a la Ley Modelo, es que en el Perú se pueden reconocer medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales con sede fuera del Perú. La lógica a seguir es la misma para reconocer un laudo arbitral, solamente que no con base en la Convención de Nueva York, sino con base en la lógica de la Convención de Nueva York, pero bajo ley peruana.

Y, entonces, lo que hay es un proceso de «reconocimiento» de medidas cautelares en el Perú. Eso está, repito, regulado por el artículo 48 inciso 4, desde el año 2008, cuando aprobamos la ley peruana de arbitraje.

Me place muchísimo que, luego de tantos años de haber sido aprobada la ley peruana de arbitraje, ya contemos con un caso favorable, donde el Poder Judicial peruano ha aplicado este artículo de la ley peruana de arbitraje de manera correcta. Me refiero al caso *Aguaytía Energy contra Maple Gas Corporation del Perú*, un fallo emitido por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la Resolución n.º 5 del 22 de octubre de 2019. Quiero levantarlo, porque así como a veces nos quejamos de fallos judiciales equivocados, también debemos aplaudir la excelencia en el trabajo de nuestras cortes.

Se trataba de un caso administrado por la Cámara de Comercio Internacional que tenía como sede los Estados Unidos. El tribunal arbitral, con sede en Estados Unidos, dictó una medida cautelar a favor de *Aguaytía* por la cual se prohibía a *Maple Gas Corporation del Perú* traspasar, ocultar, ceder, gravar, transferir en cualquier forma o negociar sus activos, salvo en el curso ordinario de sus negocios.

Obviamente, esta era una decisión cautelar que interesaba a *Aguaytía* traer al Perú para que tuviese eficacia. Y, felizmente, gracias al artículo 48.4 de nuestra Ley de Arbitraje esto fue posible. Nuestro Poder Judicial analizó el artículo pertinente de la Ley de Arbitraje peruana, encontró que el pedido era favorable, y reconoció y ejecutó la medida cautelar en el Perú.

Es de esperar que esto siga sucediendo en el futuro. Ya se demostró que la norma es feliz: la norma que hizo la Ley Modelo y que la ley peruana de arbitraje incorporó. Lastimosamente, a la fecha, son muy pocos los países en el mundo que tienen una norma similar a la Ley Modelo o a la ley peruana.

Por tanto, hasta la fecha, aún en siglo XXI todavía es el tema del reconocimiento y ejecución de medidas cautelares en sede internacional un hándicap, un problema que los abogados encargados de la defensa

de las partes deben prever y calcular, ya que no es realmente tan eficaz cuando no es un laudo y, por tanto, no aplica la Convención de Nueva York.

Aquí lo dejo. Muchísimas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Muchas gracias, doctor Fernando Cantuarias. Tenemos preguntas para este panel.

Fernando Cantuarias Salaverry: Dice: «Para el reconocimiento de las medidas cautelares en el Perú que es de admitir en un país extranjero, ¿se tiene que instalar tribunal arbitral?»

A ver, distingamos una cosa estimados colegas. La pregunta es muy pertinente. Lo que la Ley de Arbitraje regula es el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales, no por cortes. Eso se regula por el caótico, espantoso, terrible, alucinantemente marciano derecho internacional de las jurisdicciones. Ahí no hay forma, no hay respuesta, es un caos absoluto, aplicable también a las sentencias judiciales, donde el mundo de sentencias judiciales que sean reconocidas en otros países es casi imposible.

No, esto es solamente pensado para arbitrajes. La pregunta sería pertinente si es que esto viniera, por ejemplo, de un árbitro de emergencia. Yo creo que sí. Yo creo que, por ejemplo, si este caso hubiese sido CCI, porque lo era, la CCI regula la figura del árbitro de emergencia y se hubiera metido un árbitro de emergencia con sede en Estados Unidos, por ejemplo, o en cualquier otro país del mundo. Esa decisión hubiera podido ser reconocida y ejecutada en el Perú, con base en el artículo pertinente en nuestra Ley de Arbitraje.

Esa me parece, salvo que Roque y Natalia tengan una opinión distinta, que es la respuesta más lógica.

Roque J. Caivano: No, efectivamente, el árbitro de emergencia se considera un árbitro, por más que sea uno que cumple solo la función de dictar una medida cautelar y luego desaparece del proceso.

Y para evitar dudas, hay varias legislaciones —como las Hong Kong o Singapur— que están aclarando expresamente que dentro del término «árbitros» se comprende también al árbitro de emergencia, para eliminar cualquier clase de duda, pero no parece que esa duda pudiera presentarse en el caso de la ley peruana.

Fernando Cantuarias Salaverri: Cuando se hizo la modificación a la Ley Modelo, en el año 2006, en los antecedentes del análisis expresamente se reconoce la existencia de los árbitros de emergencia, y en el texto de la Ley Modelo, que la ley peruana ha hecho suya, no se hace ninguna distinción, simplemente, porque no parecía como necesario.

Roque J. Caivano: Exacto, el árbitro de emergencia no deja de ser un árbitro por ser de emergencia.

Fernando Cantuarias Salaverri: Entonces, la reflexión es que hoy resulta muy difícil que una medida cautelar emitida por un juez extranjero se ejecute, hay que aplicar una serie de tratados latinoamericanos que son terribles, engorrosos, complicados, formalistas. La típica legislación del tratado latinoamericano: caótica; y si no, las reglas del Código Procesal Civil en materia de reconocimiento de medidas cautelares extranjeras también nos invitan al potencial fracaso del pedido; pero puede ser ejecutada libre y fácilmente en el Perú con las medidas cautelares arbitrables.

Karina Zambrano Blanco: Muchas gracias. Damos por finalizado el panel I.

PANEL II: ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Arbitraje de inversiones. España y las energías renovables

*Celia de Lorenzo*¹

Arbitraje Internacional de Inversión Ciadi

*Diana Gárate*²

Proyecto del Código de Conducta para Adjudicadores
en controversias Inversionistas-Estado

*Ángela Cámara*³

Nuevas tendencias en el arbitraje de inversión.

Hacia una mayor transparencia

*Juan Francisco Berckemeyer Olaechea*⁴

¹ Profesora de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora de Derecho Público en Unión Europea en American Campus Madrid, Washington D. C. Abogada en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, España. Árbitra de la Corte ICAM, Madrid, España. Secretaria general de la Organización Iniciativa para el Desarrollo Sostenible. Presidenta de la Corporación Círculo Internacional Universitario. Socia de fiscalidad internacional en HydL Estudio Jurídico. Profesora invitada visitante en varias universidades latinoamericanas. Miembro electo de la junta de gobierno de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y directora adjunta de fiscalidad internacional del Grupo Repsol.

² Abogada por la Universidad de Ciencias Aplicadas. LL.M., en Derecho por la Universidad de Columbia. Gerenta legal de la concesionaria APM Terminals, del puerto del Callao.

³ Abogada por la Universidad Católica del Perú, con estudios de arbitraje comercial internacional y de inversiones por American University Washington College of Law y por la Escuela de Postgrado de la Universidad del Pacífico. Tiene estudios en Derecho Internacional con el Centre of America International Law. Es asociada principal del Área de Litigios y Solución de Controversias del Estudio Ehecopar, asociado a Baker & McEnzie Internacional y miembro de Peruvian Young Arbitrators y Arbitral Women.

⁴ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a magíster internacional por la Queen Mary University of Law. Ha trabajado en el Estudio Olaechea y actualmente trabaja en el Estudio Mario Castillo Freyre. Es profesor adjunto en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Karina Zambrano Blanco: Celia, bienvenida, como presidenta de panel Arbitraje de inversión.

Celia de Lorenzo Romero: Buenas noches, aquí en España. Voy a hacer la presentación de este panel y luego procederé con mi miniponencia.

Vamos a tener en este panel a la profesora Diana Gárate con una ponencia sobre «Arbitraje Internacional de Inversión Ciadi». A continuación, tendremos a Ángela Cámara, que tratará «Proyecto del Código de Conducta para Adjudicadores en controversias Inversionistas-Estado». Y, por último, vamos a contar con la presencia de Juan Francisco Berckemeyer, quien va a exponer sobre «Nuevas tendencias en el arbitraje de inversión». La ponencia que yo voy a desarrollar es «Arbitraje de inversiones España y las energías renovables», un tema que ya tiene España que ha causado y sigue causando polémica.

A modo de introducción, comentarles que en este momento — quizá haya alguno menos porque ya ha habido varios laudos—, pero se han abierto contra España 48 casos sobre las reformas legislativas que realiza España en el sector de energías renovables. Y, bueno, que reformas que dieron lugar a una larga saga de casos de arbitraje de inversión actualmente.

Bueno, ¿cómo empieza o cuál ha sido el origen de estas demandas que ha acarreado el tema sobre energías renovables?

El Gobierno de España, entre los años 2004 y 2008, sitúa el foco de las inversiones en las energías renovables, atrae inversionistas tanto españoles como extranjeros.

El marco regulatorio principal estaba contenido en dos reales decretos; eso va a ser importante luego en la exposición con explicaciones que voy a comentar, una del año 2007 y otra del año 2008.

Este marco regulatorio realmente fue muy generoso para todos los inversores que se acogieron en función de los incentivos que se habían diseñado para la generación de energía eléctrica a partir de energías renovables.

¿Qué sucede? Pues que inversores, tanto nacionales como extranjeros acudieran rápidamente a este llamado.

Sin embargo, la crisis económica mundial, allá por el año 2008, cambia completamente las reglas del juego. Hay un cambio radical en los presupuestos y en las circunstancias en lo que se refería al régimen de incentivos que se habían concebido en estos reales decretos a este tipo de inversión.

Se sucede a raíz de eso un cambio regulatorio en el año 2010. Otra importante modificación mucho más dura del año 2013, del año 2014; y, bueno, esto da lugar a que España tuviera una lista de unos 48 inversores demandados ante distintos órganos arbitrales en respuesta del Gobierno español.

El principal argumento que tenían los inversores se fundamenta principalmente, como he dicho antes, en que estas reformas abruptas, imprevisibles, suponían una violación de los compromisos de protección que había asumido España como Estado contratante del Tratado sobre la Carta de la Energía.

Surge inmediatamente el primer conflicto. Los inversores extranjeros tienen una doble vía para reclamar, es decir, pueden reclamar hasta los tribunales internos o pueden acudir al arbitraje internacional sobre inversiones. Sin embargo, los propios inversores españoles no pueden

acudir al arbitraje y, de alguna manera, solo quieren una única vía que son los tribunales, la vía contenciosa e interna del Estado.

Como he dicho antes, se presentaron 48 arbitrajes. Los dos primeros fallos fueron a favor del Estado español, y a partir de ahí, se han perdido todos y se ha conseguido una anulación de laudo arbitral.

En definitiva, tenemos tres efectos arbitrales y, además, muy diferentes laudos, dos de ellos a favor del Estado español. Creo que son siete ahora a favor del inversor, y hay una anulación de laudo. Hay un caso donde se anula el laudo arbitral.

Voy a examinar muy brevemente los tres casos, un poco a la luz en cuanto a los efectos.

Fallos a favor del Estado. Fue el primer laudo arbitral, el caso Charanne, y aquí la cuestión esencial en el caso Charanne Investment vs. España se centra en dilucidar, principalmente, el contenido del concepto del trato justo y equitativo con el marco, obviamente, del Tratado sobre la Carta de la Energía.

¿Cuál es el umbral o los límites a partir de los cuales la violación del tratado puede incurrir en responsabilidad internacional por parte de España?

El caso de Charanne Construction Investment vs. España fue un triunfo del Estado español, pero un triunfo a medias porque solo afectó las medidas regulatorias. De alguna manera cercenaban las propuestas del 2004 y 2008. Solo fue un triunfo enfocado hacia el Real Decreto del año 2010, que modificaba las medidas anteriores.

En este momento, la Carta de la Energía se aplica en unos cincuenta países de Europa Occidental y Asia Central. Entre las muchas disposiciones del Tratado sobre la Carta de la Energía, pues tenemos las que se

refieren, evidentemente, a la protección de inversiones extranjeras en el sector de la energía.

Existen en el tratado controvertidos mecanismos de solución de controversias conocidas también como ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*), por sus siglas en inglés.

El Tratado sobre la Carta de la Energía tiene un punto realmente interesante y es que concede a las empresas demandantes, evidentemente, cuyos laudos arrojan un saldo a su favor, verdaderamente, grandes sumas en concepto de indemnización por aquellas medidas que haya podido optar un Gobierno y que hallan perjudicadas, supuestamente, sus inversiones, ya sea a través de la expropiación o a través de la reglamentación o de la generación de las reglamentaciones del propio tratado.

Realmente, en algunos foros se habla de un tratado para gobernarlos a todos, un poco emulando a una famosa obra de *El señor de los anillos*. O sea, es un tratado realmente muy ambicioso que quizá implica el sometimiento de los países que este tratado, un tratado para gobernarlos a todos.

Un poco como muestra, y lo he estado verificando hace unos momentos, precisamente, ningún acuerdo de comercio de inversión en el mundo ha dado un número tan elevado de demandas de inversores y Estados como el tratado sobre la Carta de la Energía.

Hay más de ciento veinte casos de arbitraje que están invocando este tratado, siendo España, obviamente, uno de los países más afectados, precisamente, por este punto de las energías renovables.

Volviendo al caso Charanne Investment vs. España, la empresa alegó la violación de tres obligaciones muy claras. Trato justo y equitativo; la obligación que tiene el Estado de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos; y, obviamente, el tema de expropiación

indirecta, en ese caso, una expropiación injustificada y desproporcionada.

Sobre el primer punto, el trato justo y equitativo, creo que es el más importante en este laudo arbitral. Quien más peso ha tenido o lo relevante para el tribunal era conocer si se había creado la expectativa legítima de que el marco regulatorio iba a permanecer inmutable durante toda la vida útil de las plataformas fotovoltaicas, de las plataformas de energía renovable. Y se llegó a la conclusión de que eso no se podía aceptar, porque admitir la existencia de esa expectativa tan amplia sería algo así como congelar el marco regulatorio aplicable.

Si es cierto que, efectivamente, este laudo le reconoce a España cierto margen de discreción en el ejercicio de su poder regulatorio en determinados sectores, evidentemente, es de una importancia económica esencial. Y, bueno, uno de los sectores era, precisamente, el régimen de los incentivos a la generación de energías renovables.

Con respecto a la obligación o a la no expropiación directa o indirecta, identificada y desproporcionada, el tribunal llega a la conclusión de que una simple disolución del valor de las acciones objeto de la inversión, no puede en ningún caso, dar lugar, caracterizar o ser de la muestra de una expropiación indirecta, a menos que se pueda considerar esa pérdida como equivalente a una privación de propiedad. En definitiva, este punto tampoco fue apreciado por el tribunal arbitral.

Y ya, por último, el otro o el tercer motivo argumentado en este caso Charanne, la obligación que tenía el país, el Estado, de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos.

Se alega, por parte del demandante, que la figura de los decretos leyes, del 2004 y 2008, que revocaban este resumen de incentivos del año 2010, 2013, 2014. Bueno, fue utilizada por el Estado español para

introducir cambios normativos, privando así la posibilidad a los inversores de impugnar esta norma, obviamente, en el orden contencioso-administrativo.

El tribunal razona que si bien es cierto que la norma —un real decreto— no puede ser recurrida ante una orden jurisdiccional, sí puede ser atacada bien planteando una acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado o, incluso, una más común que sería planteando una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Por lo cual, pues, el tribunal concluye que la obligación que está contenida en el Tratado de la Carta de la Energía no imponía al Estado la necesidad de establecer una determinada organización de su sistema judicial, obviamente, sino que es el propio sistema de leyes y de recursos judiciales que ya existe el que está a disposición de los justiciables y que funciona, evidentemente, de una manera efectiva.

A continuación, quería comentar un fallo importante e interesante a favor del inversor y luego hacer una breve mención a un caso también a favor del inversor, pero fue un caso controvertido, el caso de Masdar, de Emiratos Árabes Unidos.

España fue condenada a pagar 128 millones de euros en el caso *Eiser Infraestructura vs. España*, y que además fue visto en el Ciadi porque, de alguna manera, el laudo fija o segrega que el nuevo régimen regulatorio aplicado por España desde el año 2010 no cumplía sus obligaciones bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía, en cuanto al concepto trato justo y equitativo.

El tribunal aquí sostiene que España eludió su responsabilidad o su obligación, al reemplazar un régimen regulatorio por uno completamente nuevo. Sobre esto se ha escrito mucho, ha corrido mucha tinta, sin embargo, este caso, de alguna manera, marcó el primero de un largo número de fallos a favor del inversor y en contra del Estado español. Incluso, en este caso que les estoy comentando, es de recordar que el

propio Estado español cuestionó la imparcialidad de uno de los árbitros, creo que era Alexandroff. Parece ser que aprecia que había vínculos entre el árbitro y una de las consultoras que los inversores habían contratado para evaluar los daños que se reclamaban a España en este caso.

Otro de los casos donde el tribunal arbitral falla a favor del inversor es el caso Masdar. Además, fue un caso explosivo, generó bastante controversia. Masdar es un fondo de inversión del Emirato de Abu Dabi y en este caso España fue condenada a pagar 65 millones de euros, creo recordar. Y, además, con la especialidad de que la reclamación la puso una entidad con sede en Holanda.

Masdar era el inversor, un fondo de inversión del Emiratos Árabes. Sin embargo, la reclamación la pone una empresa domiciliada con sede en Holanda. También comentarles que esta empresa Masdar está vinculada a proyectos faraónicos solamente, por ejemplo, construir la primera ciudad del mundo sin emisiones de CO₂, pero en un desierto, un proyecto que finalmente fue abandonado, pero esta compañía de Abu Dabi, por lo menos ha generado tinta.

Este caso es interesante por tres motivos. El primero es porque es el primer laudo que llega tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que luego voy a mencionar. El Estado español presenta una serie de cuestiones que demoraron el laudo, pero, finalmente, el tribunal de arbitraje Ciadi en este caso Masdar vs. España falla a favor del inversor y considera que la decisión, cuando se interpone o se comenta que estaba el derecho de la Unión Europea por encima del Tratado de la Carta de la Energía, no le afecta la decisión del tribunal europeo y, pues, surge ahí un conflicto entre el derecho europeo y el derecho público internacional contenido en la Carta de la Energía.

Para terminar, el tercer caso es el de la anulación de un laudo arbitral, el caso Nova Energía. Comentarles, en primer lugar, que en la Unión Europea los laudos arbitrales pueden ser recurridos ante tribunales

ordinarios. Por ejemplo, en el tribunal Ciadi, las cuestiones solo pueden verse en un comité *ad hoc*.

España logró que un tribunal sueco anulara el laudo que se había dictado a favor de Nova Energía, argumentando que el artículo 26 del Tratado de la Carta de la Energía le daba los principios fundacionales del derecho de la Unión Europea en cuanto a primacía y autonomía porque eludía el procedimiento de remisión prejudicial que estaba previsto en el propio Tratado Fundacional de la Unión Europea.

Argumentó que se estaba obstaculizando el monopolio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para conocer disputas que afectan la interpretación del derecho de la Unión Europea. Solamente, la Unión Europea reconoce un tribunal para conocer disputas que afectan la interpretación del derecho de la Unión Europea y este tribunal es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En consecuencia, pues, un tribunal arbitral que se estableció sobre la base del Tratado de la Carta de Energía, el caso que estoy hablando de Nova Energía, pues, debe rechazar —así lo argumentó el Tribunal europeo— su jurisdicción para resolver una disputa de inversión, ya que viola los principios fundamentales de derecho de la Unión Europea.

A modo de conclusión, comentar que respecto a España quedan abiertos varios episodios más todavía de esta saga de arbitrajes de inversión sobre energías renovables y tendremos una excelente oportunidad para ir viendo cómo va evolucionando el estándar en cuanto a los contenidos del trato justo y equitativo con respecto al marco del Tratado de la Carta de la Energía.

Y bien, todo ello si se pone en conexión con las legítimas expectativas de los inversores extranjeros, nos dará una excelente oportunidad de ver cómo va evolucionando esta disyuntiva surgida entre —como he

dicho antes— la interpretación que hace la Unión Europea y el propio contenido del derecho internacional público.

A continuación, mi colega, Diana Gárate, tratará el tema «Arbitraje Internacional de Inversión Ciadi».

Diana Gárate Moreno: Gracias, gracias, Celia.

La reflexión que quería traerles hoy sobre el arbitraje en el Perú en el foro Ciadi, es si se debería incluir una cláusula de arbitraje Ciadi en los contratos de concesión o contratos de inversión, no solo circunscribirlo a un tipo de APP, que es la concesión, sino, en general, a cualquier APP.

Esto, a raíz de que Proinversion, como saben, quiso explorar y emitir un un *template*, en realidad, de contrato de APP estandarizado para todos los inversionistas. Esto fue, me parece, el 2018 y hasta ahora no tenemos la versión final, de hecho, está abierta para comentarios del público. Y dentro de este proceso para estandarizar las cláusulas de los contratos de APP se discutió muchísimo la cláusula arbitral que, como sabemos, en el Perú, en estos contratos, la cláusula común —y digo un 95 % de los casos— es una cláusula de arbitraje con ciertos umbrales, depende del monto de la controversia y el foro pactado es el Ciadi.

Entonces, se recabó bastantes comentarios de diversos actores del arbitraje, tanto árbitros como usuarios, yo como empresa y también de los litigantes y de los estudios de abogados nacionales e internacionales. En realidad, el consenso fue que no era necesario tener una cláusula arbitral con foro Ciadi por las implicancias que esto traía y lo voy a pasar a comentar. Pero, aparentemente, nuestros comentarios no fueron recogidos y hasta ahora se mantiene este foro. Lo que sé es que se han abierto otras opciones como la junta de resolución de disputas o peritajes técnicos que no era, en principio, una opción en este tipo de contratos, y el *template* ahora sí los contempla.

Ahora, vamos a hablar propiamente del Centro de Resolución de Disputas del Banco Mundial y es importante mencionar que en el Perú existe el Sicreci que es, como sabemos, el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales únicamente de Inversión. Fue creado, la verdad, recientemente, el 2006; y, bueno, es el sistema, en realidad, que se encarga de estas controversias y está presidido por una comisión especial. Y también el coordinador es el Ministerio de Economía.

Ahora, un poco para entender cómo estamos en el Perú, y me imagino que todos deben haber visto las noticias que están en todos los foros arbitrales respecto a que Perú es el país con más demandas en el Ciadi. De hecho, de Latinoamérica, Perú batió récord el 2020 y si vamos al 2020-2021 veremos que hasta la fecha en este foro el Perú ha tenido 32 casos en total, de los cuales 16 han concluido en estos tres últimos años.

Respecto de eso, resultados favorables para el Perú han sido trece y resultados desfavorables para Perú, únicamente, tres. Es decir, únicamente tres que ha ganado el inversionista. ¿Cuántos están vigentes? Están vigentes 16. Y aquí lo interesante es ver cómo se ha venido incrementando el número de casos en los últimos años, como les comenté. El 2020 rompimos récords, no es algo de lo cual tengamos que estar orgullosos.

De hecho, por ejemplo, están los de Odebrecht, que fue súper sonado, y también casos relacionados con mineras, Cerro Verde, por ejemplo, y de concesionarias de APP, como en la que yo trabajo, pero relacionados a carreteras, como, por ejemplo, Devianes, que es una empresa de capitales colombianos.

Y luego vemos que el 2021 —estamos recién en marzo—, en el primer trimestre ya se han iniciado dos demandas. Todos conocemos una superconocida que es la de Telefónica que se inició el 12 de marzo.

Se presentó el *request for arbitration* la semana pasada o hace dos semanas y otro caso más de Quanta Services.

Esos son ahora los casos que tenemos en total, pero, como pueden ver, iniciados en los últimos dos años son diez, y como les digo, primer trimestre del año, van dos y varios tratos directos en curso, los cuales van a derivar en una demanda muy, probablemente, y al menos tres de estos se van a dar en este semestre, con lo cual, probablemente, también batamos el récord nuevamente el 2021. Este es, un poco, el panorama.

También importante, a efectos de la reflexión que les quiero comentar acerca de si es conveniente incluir estas cláusulas arbitrales con foro Ciadi en contratos de APP, veamos la cantidad de casos en donde el instrumento invocado ha sido un contrato o un tratado bilateral de inversión.

Acá podemos ver que hay casos en los cuales se ha invocado un tratado, 18 de los 32 que les comenté; casos en los cuales se ha invocado solamente el contrato, es decir, incumplimientos del contrato de concesión o el contrato de APP, son 9. Y casos en los cuales se ha invocado ambos instrumentos, es decir, tanto el contrato de concesión APP como el tratado, para ser más específicos, incumplimientos contractuales de parte del concedente y a la vez violaciones a tratados bilaterales de inversión del país Perú, o sea de la República del Perú. Ahí se nota la diferencia, y de estos casos —no sé si llamarlos híbridos, pero con esta dualidad de instrumento invocado— tenemos a la fecha 5, con lo cual, en realidad, podremos concluir que de estos 32 hay una ratio, aproximadamente, de 40-60; es decir, 40 % de casos en los cuales se invoca el contrato y un 60 % de casos en los cuales se invoca violaciones al tratado bilateral.

¿Por qué resalto esto? Porque Perú es uno de los pocos países, quizás el único, en el cual puedes ir al foro Ciadi por incumplimientos de un contrato de concesión.

En realidad, el foro fue creado y siempre se pensó para que se discutieran violaciones a tratados. Entonces, sí es atípico y discutir incumplimientos contractuales y hasta, a veces, son incumplimientos contractuales del día a día en este foro.

¿Por qué es que llegamos a este foro? En realidad, es por el monto de la controversia que se incluye en los contratos de concesión. De verdad, yo he tratado de investigar por todos lados de dónde viene este umbral de entre 5 y 10 millones de dólares para ir a arbitraje internacional de inversión Ciadi.

En algunos casos, se ha visto que el umbral ha subido como a 15 o hasta 20 millones, pero la realidad es que no hay una explicación referida a este umbral. Entonces, cualquier controversia que tengas, sea un incumplimiento contractual que supere los 10 millones de dólares que, en estos casos, es común que pase por la magnitud de las inversiones, tienes que ir a un arbitraje Ciadi.

Evidentemente, las partes pueden pactar lo contrario, pero no ha habido casos en los cuales el Estado lo haya sugerido o haya aceptado cambiar, en todo caso, de foro.

Acá podemos ver la experiencia del Perú en el Ciadi, solo de algunos casos, pero creo que es importante tener una visibilidad de la *performance* de Perú como Estado en este tipo de arbitrajes. Como les comenté, evidentemente, tiene una ratio de ganar bastante considerable. De esos 32 casos ha perdido únicamente 3 al 2018, pero actualizado calculo que la ratio puede estar en un 85/15 respecto de resultados a favor del inversionista y resultados a favor del Estado.

Aquí también podemos visualizar los montos de las controversias más importantes y también de qué tratan. Esto es también importante

puntualizarlo porque, como vemos en muchos casos, se trata de incumplimientos del contrato de concesión y no propiamente violaciones a un tratado bilateral.

¿Cuál es la problemática que se ha identificado ya hace bastante tiempo, la verdad, por muchas personas que estamos en el mundo arbitral? Propiamente, es arbitraje de infraestructura pública, justamente elegir este foro en un contrato de inversión o de concesión.

¿Cuáles son aquí las reflexiones que traigo? Primero es que muy pocos Estados incluyen estas cláusulas Ciadi en sus contratos. No es la práctica común y, en realidad, no es necesario incluirlas ya que si tú, como país, eres signatario del Tratado Ciadi, y si eso está también incluido como fuero en tu tratado bilateral de inversión, entonces puedes acceder directamente en virtud de estos tratados. No es necesario incluir este foro o pactar este foro en el contrato.

Evidentemente, significaría que solamente puedas ir a este fuero por violaciones al tratado y no propiamente por una controversia contractual, pero la verdad que vamos a ver más adelante es que no es necesario dilucidar controversias contractuales con el concedente que es una entidad, no propiamente el Estado peruano. Y aquí hago un breve paréntesis porque sí hay mucha discusión sobre eso respecto de la teoría del Estado unitario, que todas las entidades pertenecen al Estado peruano y, por lo tanto, el MTC, en este caso —que es, en realidad, el ente más demandado— representa a la República del Perú, aunque hay teorías que discuten esta tesis. Pero el punto es que muy pocos Estados la incluyen y la verdad que los inversionistas tienen acceso directo a este foro a través de sus tratados.

Si podemos ver las cifras, más del 95 % de los casos son iniciados en el Ciadi con base en tratados internacionales, no contratos. Como les comenté, Perú bordea esta ratio de 40/60 y eso también genera que haya cláusulas arbitrales patológicas.

Los casos más visibles son el caso de la Municipalidad de Lima, Rutas de Lima, en el cual se pactó en el contrato de concesión este fuero y, en realidad, este fuero, el Ciadi, no resultó ser competente para dilucidar el caso. Otro de los casos es el de Odebrecht, ya que también, como sabemos, Odebrecht es original de Brasil y Brasil no es parte del Convenio Ciadi. Ahí también hubo un problema de jurisdicción y de competencia respecto al Ciadi. Evidentemente, es un fuero que no se debió pactar, pero este modelo de cláusula estándar que aún no se actualiza o no se ha llegado a revisar a detalle es el que genera estas situaciones.

También un tema importante es toda la discusión que hay sobre incumplimientos contractuales. No es igual una discusión sobre violación a un tratado internacional, estamos hablando de situaciones diferentes con repercusiones diferentes. En un caso, como les comentaba, es un incumplimiento del concedente de situaciones relacionadas a la operación de la concesión o a declaraciones y garantías que no se cumplieron en su momento, o también demora en la entrega de los terrenos o pagos que no se debieron efectuar o hasta penalidades contractuales impuestas por el regulador, por ejemplo.

Entonces, llevar este tipo de incumplimientos a un fuero en el cual estás demandando propiamente a la República de Perú, la verdad que no resulta nada conveniente para el Perú de cara al mundo de inversión internacional, no ayuda a nuestra reputación de país receptor de inversión.

Un ejemplo que les quiero compartir es el caso de Convia. Este es un extracto del laudo arbitral y aquí, como pueden ver, el tribunal hace una diferencia explícita a un posible incumplimiento contractual, pero no a un incumplimiento de una obligación internacional del Perú como país. Importante esta diferenciación y, nuevamente, el Ciadi no es un foro adecuado para discutir estos incumplimientos contractuales. Más aún, los concesionarios tienen o quieren, evidentemente, mantener la

relación no solamente con el concedente, sino con el regulador, con todas las entidades públicas involucradas y también con el país a largo plazo.

Recordemos que en este tipo de contratos de APP, la duración es de 20 a 30 años. Ninguno de estos todavía ha terminado propiamente su vigencia y lo que se quiere es mantener una buena relación a largo plazo con el Estado.

Evidentemente, los inversionistas no buscan este tipo de peleas. Normalmente, cuando uno tiene un arbitraje local o puedes tener varios arbitrajes locales, estos van en paralelo respecto a otros actos que estás negociando con la misma entidad, por ejemplo, con el MTC o con otra entidad pública. Podrías tener 3, 4 arbitrajes en paralelo por diferentes incumplimientos y, a la vez, estar negociando una adenda al contrato de concesión o una solicitud de suspensión de obligaciones por fuerza mayor y van en caminos paralelos. Es muy diferente tener un arbitraje de inversión Ciadi, donde este tipo de incumplimientos, lamentablemente, superan los diez millones; los estás dilucidando en un fuero con una comisión especial que está conformada por el Ministerio de Justicia, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro de Economía, y donde se discuten materias que no necesariamente son de competencia de ellos tampoco, lo cual también aleja bastante a la Comisión Especial de su propósito de ser un negociador multisectorial.

Como les comentaba, otra de las problemáticas es que no es atractivo para los inversionistas porque buscan mantener esta relación a largo plazo con el país receptor de su inversión.

También se afecta la imagen del país de cara a los inversionistas extranjeros, lo cual desalienta la inversión. De hecho, y esto lo hemos conversado con varios bancos de inversión que son los *lenders* de estos financiamientos de proyectos de APP, una de las cosas que ellos evalúan en sus *due diligences* es el índice de demandas que cuenta cada uno de estos

países en foros como el Ciadi. Evidentemente, mayores demandas significa que algo está fallando con el Estado y no está propiamente cumpliendo sus acuerdos con estos inversionistas. Es importante también tomar en cuenta esto, no queremos, evidentemente, que la imagen de nuestro país, más aún ahora en el contexto en el que estamos, se vea afectada.

Como comenté, se genera que en un solo proceso se discutan violaciones de dos instrumentos diferentes, lo cual sí genera ciertas complicaciones en el proceso, bifurcaciones, discusiones sobre jurisdicción, laudos parciales, lo cual extiende mucho más el tiempo de duración de estos casos. Evidentemente, para un inversionista mientras más rápido acabe el caso es mucho mejor porque hay un costo asociado al tiempo de demora que afecta directamente la rentabilidad del proyecto.

Aunque no lo crean, todas estas inversiones están ajustadas a un valor de rentabilidad que es la famosa UAC, y conforme pasa más tiempo esta UAC se va ajustando a la rentabilidad anual y se puede ver ahí la pérdida de dinero, con lo cual cuando se discuten estos dos instrumentos resulta complejo y perjudicial.

No se discuten asuntos para los cuales fue creada la Comisión Especial que tiene carácter multisectorial, por darles un ejemplo, en casos de incumplimientos de contrato de concesión. ¿Qué pasa si hay un incumplimiento por demora de parte de concedente en la entrega de terrenos para efectuar las obras? Esta demora en la entrega de terrenos y afectación al cronograma y a la ruta crítica del proyecto se vuelve, al final, una materia de discusión en este foro donde tienes también al ministro de Relaciones Exteriores que, en verdad, no tiene absolutamente nada que opinar sobre el tema, al ministro de Justicia y otros factores más que no están involucrados, se pierde un poco el foco de la controversia que se está dilucidando.

Luego de ver esta problemática, existen otras alternativas que se pueden tomar en cuenta; aquí les dejo algunas que se pueden explorar y, de nuestro lado, seguimos intentando que Proinversion tome en cuenta las sugerencias que le estamos dando respecto a utilizar otros foros cuando son discusiones de incumplimientos contractuales y también de inversión. También es posible pactar cláusulas *ad hoc* bajo las reglas Uncitral. De hecho, hay varios arbitrajes que ya se resolvieron con estas reglas.

Actualmente, también la posibilidad de la junta de resolución de disputas y peritajes técnicos, que esto también ya es algo que sí se incluyó como un comentario en el nuevo modelo de cláusula arbitral de APP.

Creo yo que aquí el problema fue la especificación y la clasificación que hizo Proinversion de cada una de estas controversias, lo que al final hizo entrar a ese detalle, sea la cláusula mucho más compleja de lo que originalmente era.

Lo que han hecho es clasificar todas las controversias que puede haber en materia técnica, como, por ejemplo, temas geológicos y esto que vaya a un peritaje técnico, en particular, que no es una mala idea, pero creo que debería ser más que nada negociado entre las partes, más que ya tener una clasificación de qué tipo de materias se pueden dilucidar en estos foros, considerando que, en realidad, hay muchos temas técnicos que se pueden presentar en el camino, mucho después de haber firmado el contrato.

Muchos de ustedes pueden decir: «Pero, en realidad, uno puede querer pactar ciertas cosas en el contrato de APP», pero sabemos que no es una negociación al 100 %». Son cuasi contratos de adhesión superestructurados, en los cuales tú como inversionista solo tienes la posibilidad de hacer ciertos comentarios y si el Estado los acepta, bien. Y a veces no los acepta y no te da explicación alguna. Esto, básicamente, en el proceso de licitación, pero creo que sí es bueno que Proinversion haya

abierto las puertas para escuchar realmente a los inversionistas, al mercado y al público en general respecto de estas cláusulas, y esperemos, entonces, que se pueda mejorar la cláusula arbitral en estos contratos y explorar otras alternativas. Esto, la verdad, va a ser muy bueno, no solamente para los inversionistas, sino también para el Perú como país receptor de inversión.

Muchas gracias.

Celia de Lorenzo Romero: La verdad es que has dejado muy claro y de una forma muy sencilla cómo está el tema Ciadi ahí en Perú y qué expectativas tenemos hay por ahí.

Nuestra siguiente expositora es Ángela Cámara, con el tema del proyecto de Código de Conducta para Adjudicaciones en Controversias.

Ángela Cámara Chumbes: Muchas gracias por la presentación.

Les voy a comentar sobre el proyecto de Código de Conducta para Adjudicadores en Controversias entre inversionistas y Estado.

Primero vamos a identificar de qué estoy hablando. ¿Qué es este proyecto de Código de Conducta y por qué es importante? Voy a empezar por esto último.

La exposición de Diana ha sido bastante ilustrativa en ver la importancia que tiene para un país manejar adecuadamente ese tipo de controversias que, finalmente, pueden presentarse entre un inversionista extranjero y un Estado que va a recibir esa inversión.

Un aspecto que será tomado en cuenta —así como mencionaba Diana respecto del número de casos que tiene un país en contra— es si realmente este país da las garantías para evitar una eventual controversia,

resolver esas controversias a través de un mecanismo que sea realmente independiente e imparcial.

Esta preocupación, bastante relevante, es una de las bases de cualquier mecanismo de solución de controversias que ha generado ciertas inquietudes en los últimos años acerca de si realmente estamos teniendo mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estado que garanticen esta independencia y esta imparcialidad de las personas que van a tomar las decisiones, y estoy hablando de decisiones a todo nivel. Hay otro tipo de discusiones también sobre la reforma general de este mecanismo de solución de controversias que, seguramente, todos venimos escuchando desde que los costos son bastante elevados, pero me voy a concentrar el día de hoy en cómo garantizar la independencia y la imparcialidad para los árbitros o, en general, de quienes toman las decisiones.

Esta preocupación es la que ha llevado a que las secretarías del Ciadi y la Uncitral unan esfuerzos y preparen este proyecto. El día de hoy es un proyecto del Código de Conducta para Adjudicadores; y por «adjudicadores» me refiero a estas personas que toman decisiones, que incluye, por ejemplo, a los árbitros.

Este proyecto viene siendo materia de discusión. De hecho, lo pueden encontrar en internet, los invito a revisarlo, no es un documento muy extenso, y van a ver que aun en los artículos planteados hay diversas partes todavía entre corchetes, se está discutiendo si realmente se va a tomar el camino A o el camino B. Vamos a ver, por ejemplo, en el caso de los múltiples roles o *double backing* que hay una decisión muy importante que está pendiente de ser tomada.

Hay grupos de trabajo que vienen analizando los pros y los contras, qué aspectos tienen que ser evaluados e incluso van a ver que pueden encontrarlo en internet, están disponibles comentarios de diversos Estados con relación a este proyecto, y también comentarios de diversos

expertos y asociaciones, por ejemplo, la American Bar Association, la International Bar Association y otras asociaciones importantes. Es algo que está en pleno trabajo, pero que es importante ver hacia dónde está yendo e ir también recogiendo estas críticas de alguna medida. Sabemos que este es un mecanismo de inversionista-Estado que no es igual a una controversia comercial, pero sí nos puede dar algunas ideas de problemas y luego ver cómo estos pueden ser abordados, obviamente, pasando por el tamiz de ver si realmente aplica en un caso comercial, por ejemplo.

El ámbito subjetivo de este Código de Conducta, como les decía, busca abarcar a los adjudicadores. Los adjudicadores pueden ser árbitros, pero también hay otro tipo de mecanismos de solución de controversias, en los que, por ejemplo, hay jueces permanentes, personas que están ya designadas por cierto número de años y que no van a ser determinadas para un caso en concreto, como sucede con un tribunal arbitral.

Y también, como les decía, esto busca garantizar la independencia e imparcialidad a todo nivel, en todas las instancias. Entonces, también abarca a quienes toman las decisiones, por ejemplo, en comités *ad hoc* que se puedan formar, comités de anulación, comités de apelación, etc., los que vayan a tomar finalmente decisiones que están relacionadas a la solución de controversias entre un inversionista extranjero y el Estado receptor.

Una novedad que tiene, por ejemplo —y les voy a ir comentando sobre algunos de los puntos más polémicos quizás, y algunas novedades de este proyecto—, es que expresamente busca también tener aplicación frente a los asistentes de sus adjudicadores. Ese es un aspecto también polémico.

¿A qué me refiero con asistentes? Incluso, eso está textualmente definido en el proyecto. Se refiere a las personas que trabajan bajo la dirección de estos adjudicadores, por ejemplo, un árbitro, un asistente de investigación o alguien que, de alguna manera, va a tener no un control,

pero sí una cercanía en el caso porque está cerca de la persona que toma la decisión. Entonces, también se busca que este Código de Conducta regule algunos aspectos para garantizar la independencia e imparcialidad de estas personas.

Un punto interesante que aún tiene que ser materia de revisión —y, de hecho, ha sido levantado en estos comentarios que les he mencionado— es que realmente no queda claro qué obligaciones con precisión son las que tendrían que ser tomadas en cuenta para los asistentes.

Lo que sí se menciona es que, al final, quien tiene que tomar este control o garantizar que realmente esos asistentes vayan a cumplir con estas obligaciones son los adjudicadores.

Entonces, finalmente, la recusación, por ejemplo, si se va a formular una, esta la encabeza el adjudicador porque no tomó el debido control sobre el asistente que está bajo su guardia.

También aplica a candidatos. Desde el momento en el que alguien es un candidato, una posibilidad para ser nombrado en algún tribunal arbitral o en alguno de estos tribunales permanentes también entra dentro de este ámbito subjetivo del proyecto de este Código de Conducta.

¿A quiénes no aplica? No aplica, por ejemplo, a los abogados de parte. Para esto se entiende que hay otras regulaciones específicas, además, por ser de un carácter distinto, que van a garantizar la ética de estas personas.

Lo mismo con, por ejemplo, secretarios arbitrales, que son personas que pueden tener cercanía con el expediente, pero en tanto no estén bajo el control de las personas que toman la decisión, entonces se ha considerado que estas personas no estarían dentro del ámbito de aplicación.

El ámbito objetivo. Estamos hablando específicamente de controversias entre inversionista y Estado por temas de inversión. Se busca, dentro de ese ámbito objetivo, que este Código se aplique tanto a controversias que surjan a raíz de tratados, como, en general, cualquier otro tipo de controversia.

La idea es que siempre que estemos hablando de una controversia entre inversionista-Estado en un tema de inversión podamos utilizar estas reglas para garantizar la independencia e imparcialidad en este mecanismo.

El artículo 13 establece algunas obligaciones y responsabilidades para los adjudicadores. Por ejemplo, en este caso no dice algo específicamente acerca de los asistentes. Obviamente, sí debería incluir, por ejemplo, a los candidatos en el tiempo que lo sean. Pero todavía esa redacción está pendiente de ser revisada.

Algunos aspectos interesantes sobre este artículo. Nos propone que se diga expresamente que haya una remisión expresa a la aplicación de las reglas de la IBA. Eso es una posibilidad que no está recogida al día de hoy en este proyecto de Código, pero que se viene planteando. Y, bueno, por otro lado, se recogen, por ejemplo, obligaciones, responsabilidades. Algunas interesantes, como la competencia.

Se entiende que estos árbitros que acepten estos encargos o los miembros de estos tribunales permanentes, comités, etc., deben tener las competencias suficientes para resolver los casos que se le van a presentar. Y acá viene también toda una discusión.

Si bien esto, en realidad, ya está recogido, en los reglamentos de diversas instituciones, entramos, incluso, a la discusión de cuáles son estas competencias que debería tener una persona para que asuma estas funciones: conocimientos en derecho internacional público, arbitraje de inversiones, los conocimientos de la materia en concreto que se vaya a

discutir, cómo lo acreditas. Incluso, algún tema que pueda derivar en un pedido de indemnización, algún tipo de *expertise* respecto a la cuantificación de daños. Llegamos ya bien hasta ese punto de discusión en el que encontramos que no está totalmente claro todavía qué significa esta competencia.

También la obligación de disponibilidad que es algo que creo que ya lo estamos viendo, en general, en muchos reglamentos, como un compromiso que debe tener que debe garantizar esta persona que va a tomar una decisión de tener el tiempo suficiente.

Comentarios, por ejemplo, sobre este punto. Si es que debe haber algún número exacto de casos después del cual ya no puedan tomar más encargos. Obviamente, esto desconoce, por ejemplo, la capacidad que pueda tener cada persona de organizar su carga, si es que puede, de alguna manera, ser mucho más eficiente, en sus encargos.

Entonces, realmente, tener un número que no pase de diez casos, de cincuenta, de cien, puede ser bastante arbitrario; y, felizmente, digamos, por ese lado no está yendo el Código.

Independencia e imparcialidad. Bueno, acá es donde, justamente, les comentaba esta posibilidad que proponen algunos expertos respecto a hacer una referencia explícita a que se apliquen las reglas de la IBA. Esto podría ser una posibilidad. Por lo pronto, están puestos únicamente cinco supuestos que debe tomar en cuenta el adjudicador para mantener esta obligación de independencia e imparcialidad que, además, debe ser mantenida durante todo el tiempo que se encuentre en ese cargo, no solo, obviamente, al asumirlo.

Algunos comentarios adicionales sobre este artículo. Se comenta hasta qué medida realmente, y esta es una crítica en general a este proyecto que busca regular muchos supuestos, puedes regular supuestos que realmente escapan de lo realista.

Por ejemplo, uno de los comentarios interesantes nos decía respecto del supuesto 2(b): «No debe permitir que ningún tipo de relación financiera, de negocios, profesional, de familia, social pueda influir en sus conductas o en la decisión que vaya a tomar». Sí, esto es algo bastante claro, esta persona no debería permitir que influya.

Es también, de otro lado, bastante fuera de la realidad pensar que no va a haber ningún tipo de influencia respecto, por ejemplo, del pasado profesional de esta persona. Esta es una de las críticas que hacía la IBA y, en ese sentido, comentaba que tienen todo un set de indicaciones, de reglas en las que lo que se exija sea algo realizable, cumpla criterios objetivos, como sucede con alguno de estos supuestos. Por allí, digamos, deriva esta crítica.

El siguiente artículo, bastante interesante, es respecto de la obligación de revelación. Y acá lo que se observa y, de hecho, lo comentan así, es que buscan un deber de revelación, una revelación que sea bastante amplia. El objetivo que se plantea en estos grupos de trabajo es que este futuro árbitro, este candidato, esta persona que va a tomar decisiones tenga una valla muy alta de revelación y que tenga que revelar muchísimos aspectos, incluso algunos nuevos que antes no estaban recogidos en otros instrumentos.

La crítica, por otro lado, es que puede ser una buena idea, que como idea puede funcionar, pero en la práctica hasta qué punto es algo que sea factible, hasta qué punto exigir esta valla tan alta de revelación puede, más bien, generarte problemas en el sistema por revelar información que incluso podría ser no tan relevante, pero se va a terminar revelando y puede generar incidentes innecesarios, en algunos casos de recusaciones.

Si bien el último punto nos dice que, en general, no hay una obligación de revelar aspectos que sean considerados triviales. Incluso, esto es discutible porque ¿quién va a terminar tomando esta decisión? Si la toma la persona que está revelando puede ser, incluso, más adelante también

juzgada por el hecho de haber considerado que algo era trivial cuando quizás para un tercero, objetivamente, de manera razonable, esto no debería ser considerado así.

Entonces, en realidad, esto es una invitación a revelar mucho que también puede generar problemas en el sistema, y es algo que también debería observarse.

Qué puntos, por ejemplo, son interesantes de rescatar de este artículo. En el primero, en el numeral 2 literal a, nos dice que la revelación debe incluir cualquier relación profesional de negocios u otra que sea significativa en un lapso de los últimos cinco años. E, incluso, acá desde la cantidad de años, ya estamos frente a algo que también pueda ser discutible.

Por ejemplo, en las reglas de la IBA recordarán que hay un umbral de tres años. ¿Por qué aquí se extiende más este umbral?

Encontramos comentarios de todos lados, de hecho, al revisar estos comentarios yo, personalmente, veía que había posiciones a favor de reducir este umbral porque quizás cinco años puede ser un tiempo ya muy largo para poder exigirle a alguien que tenga un registro de la información, y que, además, recuerde ciertas cosas, sobre todo por algunos aspectos que voy a comentar después; pero hay otros que dicen en arbitrajes de inversión, que suelen ser largos, quizás cinco años no es un número muy exagerado. Incluso, ese punto también está por ser definido, de hecho aún está siendo revisado y es materia de discusión.

Dentro de esta revelación, en los últimos cinco años, de cualquier relación profesional, de negocios u otra significativa. Esto no solamente sería con relación a las partes, sino también a cualquier subsidiaria, cualquier empresa matriz, cualquier agencia que esté relacionada a las partes, y acá hasta qué punto se le puede exigir a este adjudicador que siquiera

cuenta con esta información. Es un punto que genera también bastante polémica.

En el literal 4 de ese mismo artículo se viene evaluando la revelación con cualquier tercero con un interés directo o indirecto de corte financiero. Y acá lo que han querido regular es cualquier tipo de revelación respecto a *third-party fundings*; pero, justamente, una de las críticas que se hace es que si es eso lo que se quiere regular, que se incluya con precisión, porque al regularlo de una manera tan amplia podemos llegar a supuestos que realmente no tendrían ningún tipo de pertinencia.

Paso al artículo 2, literal c) y literal d), que son bastante polémicos. El literal c) nos dice que se debe revelar cualquier caso en mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estado en los que el candidato o adjudicador haya tenido o tenga actualmente algún tipo de involucramiento como abogado, árbitro, miembro de comité de anulaciones, experto, e incluso como conciliador o mediador.

¿A qué apunta esto? Son dos fenómenos que buscan ser regulados dentro de este supuesto de revelación. El primero está relacionado con los nombramientos repetitivos. Esto es uno de los puntos que ha levantado mucha crítica, que les comentaba inicialmente, y frente a la cual está la reacción de crear este Código. Y en los nombramientos repetitivos, la consideración que se ha tenido es conocer los nombramientos de los casos de controversia entre inversionista y Estado, pero incluso se está evaluando que también sean nombramientos en general, de arbitraje internacional. Podrían ser casos también de arbitraje comercial o cualquier otro tipo de designación que, de alguna manera, pueda generar este lazo de dependencia, que es lo que uno va a mirar en las situaciones de nombramientos repetitivos.

Lo bueno es que la ruta que está tomando el Código frente a los nombramientos repetitivos, y acá va quedando claro, es el de la revelación. Ahora, si esto es excesivo, es justamente un punto polémico.

Y el otro fenómeno tiene que ver con los múltiples roles o el *double backing*. Esta situación, en verdad, pasa bastante. Ha vuelto a ponerse en el foco, por ejemplo, en el caso de Eiser, que también mencionó Celia en su exposición, y en estos casos de múltiples roles. Esta revelación podría permitir conocer qué otros roles, aparte de ser adjudicador, está teniendo esta persona.

No queda claro, por ejemplo, cuál es la brecha de años, mirando hacia atrás, respecto de los cuales hay que revelar, porque este punto de los cinco años está claramente indicado en el 2 a), pero en el c) que les estoy mencionando no se hace una referencia a los años y también es un punto polémico.

El 2 d) es un punto interesante porque se exige que ese adjudicador presente una lista de todas las publicaciones realizadas por el candidato, e incluso seguir evaluando la posibilidad de que revele todos los discursos relevantes que haya dado. Y no hay mayor indicación.

Acá, en realidad, prácticamente existe un consenso en las críticas. Punto uno, puede ser una buena intención, pero no se menciona nuevamente cuántos años hacia atrás tendría este árbitro candidato que buscar la información. Punto dos, no se toma en cuenta si toda esta información realmente está registrada en algún lado. Punto tres, ¿a qué apunta esto? Esto apunta a problemas de *issue conflict*. *Issue conflict* se refiere a un árbitro que algunos podrían considerar que tiene alguna apariencia de no ser imparcial o independiente porque por tener una opinión preconcebida sobre algún tema que se está discutiendo en este caso en concreto, o ya conoce los hechos por alguna otra razón. Si tú revelas tus publicaciones sobre cierto tema —opinaste, por ejemplo, sobre resolución contractual—, entonces eso puede generar algún tipo de revisión por parte de las partes involucradas para que determinen si es que podrían generar algún tipo de incidente de recusación.

Algo bastante extremo, en realidad, sobre todo si miramos los contados casos en los que ha habido realmente recusaciones por *issue conflict*. Esto, en realidad, es peligroso. Podría generar desincentivos en expertos que son los que generalmente tenemos como adjudicadores para que realicen una labor académica que es muy importante. Este es uno de los puntos quizás más polémicos de este Código.

Volviendo al tema de los múltiples roles, hay todo un artículo completo sobre esto, y acá otro de los temas polémicos: qué medidas se va a tomar sobre esta situación en la que un adjudicador también ejerza algún otro tipo de función o está involucrado con los mecanismos de solución de controversias. Incluso se está evaluando la posibilidad de, simplemente, prohibirles el paso. Esto puede parecer bastante extremo, pero ya hay una tendencia que va hacia eso, y es bastante peligroso para nuestro sistema.

Una medida fácil de aplicar, una prohibición. Los efectos que esto puede traer en los mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estado son bastante graves. ¿Por qué? Lo comento de manera muy breve, porque realmente puede ser materia de todo un panel.

En el caso de los múltiples roles, ¿cuál es el problema? Las personas. Se busca que haya renovación de árbitros, renovación de adjudicadores. Generalmente, las personas que entran recién a este *pool* de árbitros son personas que no pueden aún dedicarse por completo a esta función, realizan, por ejemplo, también funciones como abogados. Cerrarles el paso, que no puedan ser árbitros porque están realizando otras funciones, por ejemplo, como abogado de parte, puede ser una sanción bastante desmedida que va en contra de la renovación de este *pool* de árbitros, en contra de la diversidad, si tomamos en cuenta, por ejemplo, que en los casos de arbitraje de inversión, generalmente, los árbitros son europeos y los casos de arbitraje de inversión, claramente involucran también a otros países en vías de desarrollo. Entonces, buscamos esta diversidad y

por querer buscar una solución vamos a encontrar un problema más grave.

También se regulan entrevistas previas a la designación. Esto es algo que se acepta que ocurra, pero la limitan a que solamente trate ciertos temas. ¿Y qué temas no puede tocar? No puede tocar aspectos de jurisdicción del procedimiento o materias de fondo. E, incluso se está evaluando, en nivel mucho más extremo, en quienes postulan que de alguna manera tiene que haber un registro de esto y poder presentarlo, lo cual también es una medida que puede ser bastante desmedida.

Solamente para terminar: ¿qué carácter va a tener este Código? ¿Cómo se va a implementar? ¿Qué consecuencias tendrá? ¿Qué pasa si no lo cumplen o lo cumplen?

Por ahora, imaginemos que esto va a tener un carácter parecido a las reglas IBA, como *soft law*, pero se viene evaluando si es que, por ejemplo, va a ser incorporado en tratados o habrá algún tratado multilateral que recoja esto, si es que las instituciones arbitrales, al momento de designar, por ejemplo, en una lista a algún adjudicador van a tener un tipo de declaración en el sentido de que conocen y se comprometen a cumplir el Código de Conducta o las partes también pueden pactarlo de esta manera. Eso todavía está en proceso de verse.

De eso también dependerá en gran medida cómo realmente se ejecuta este Código de Conducta. Por lo pronto, puede ser motivo de un procedimiento de recusación. Ya se vienen evaluando otras medidas, por ejemplo, sanciones económicas o si se crea un órgano supervisor para asegurar el adecuado cumplimiento del Código de Conducta.

Es un tema que tiene mucho por discutir y realmente espero haberlos ayudado con una pincelada del Código. Vamos viendo cómo evoluciona.

Celia de Lorenzo Romero: Muchas gracias, Ángela.

A continuación, vamos a tener con nosotros a Juan Francisco Berckemeyer Olaechea. Tratará el tema «Nuevas tendencias en el arbitraje de inversión».

Juan Francisco Berckemeyer Olaechea: Muchas gracias, Celia.

El título de mi exposición originalmente era «Nuevas tendencias en el arbitraje de inversión» y lo he complementado con «Hacia una mayor transparencia». Es decir, la tendencia, relativamente nueva en el arbitraje de inversión, sobre la que he decidido enfocarme es la tendencia hacia la transparencia.

Como se sabe, ha tomado mayor fuerza en la última década a raíz del Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversio-nistas y Estados y la Convención de Mauricio relativa al Derecho de Arbitraje, sobre los cuales me explayaré más adelante, aprobados hace pocos años.

Lo que justifica mayor transparencia en el arbitraje de inversión, en comparación con un arbitraje comercial, es el interés público siempre presente en un arbitraje de inversión. Ese interés público está presente, al Estado ser parte de este arbitraje de inversión se entiende que la ciudadanía tiene un interés porque este arbitraje sea llevado de manera adecuada, independiente, imparcial, respetando los principios del debido proceso, el derecho a la defensa en todas sus manifestaciones, incluyendo el derecho de las partes a ser oídas y que el laudo sea emitido luego de que el tribunal haya analizado, por lo menos, los principales puntos controvertidos.

Eso no quiere decir que tenga que pronunciarse sobre todos los argumentos alegados por las partes, pero sí que sea un laudo basado en

derecho y en el que el tribunal se pronuncie sobre los principales puntos que han sido discutidos por las partes.

Cuando comencé a preparar esta exposición, di por hecho que la tendencia hacia la transparencia casi total y obligatoria en el arbitraje de inversión era algo que tomaba una fuerza casi irreversible.

La verdad es que luego de haber revisado el Reglamento de Transparencia de la Uncitral, llamado Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados, basados en un tratado, al que llamaré, por razones de brevedad, el Reglamento de Transparencia de la Uncitral, y la Convención de Mauricio, que es la Convención también entre arbitrajes entre inversionistas y Estados basadas en un tratado que busca reforzar este Reglamento, pongo en duda la presunción con la que comencé a preparar esta exposición, puesto que la verdad aún hay muy pocos tratados, apenas unos cien recoge la página web de la Uncitral, que vienen aplicando el Reglamento que entró en vigor en abril del 2014. De esos que se obligan a aplicarlo, son una minoría los que están en vigor. En el caso de Perú, está sin entrar en vigor el Tratado Bilateral de Inversión entre Perú y Australia, y en la parte pertinente, en lo que corresponde a Perú, el Tratado de Asociación Transpacífico, TPP.

Por lo demás, el Convenio de la ONU para reforzar este tratado, llamado el Convenio de Mauricio, solamente cuenta, hasta el momento, con veintitrés firmantes y solamente siete Estados son parte, a pesar de que el convenio entró en vigor en el año 2017.

Habría que preguntarnos —y apunto a dejar la pregunta abierta al final de esta exposición—: ¿por qué esto ha sido así?; ¿por qué estas normas que buscan de manera obligatoria transparentar los procesos de arbitrajes de inversión no han tenido la acogida esperada?

Me referiré brevemente a cómo regula el Ciadi la transparencia dentro de sus procesos, para luego analizar un poco más profundamente el

Reglamento de Transparencia de la Uncitral y la Convención de Mauricio.

En el caso del Ciadi, el Convenio, las reglas de arbitraje y el Reglamento administrativo y financiero del Ciadi regulan la transparencia, de tal manera, que se podría —creo yo— resumir en la solicitud de arbitraje, la forma en que se constituyó el tribunal arbitral, y luego si es que se planteó alguno de los remedios permitidos por el Convenio del Ciadi contra el laudo, el remedio de suplementación, el remedio de aclaración o interpretación, el remedio de la aclaración o, finalmente, el remedio de anulación del laudo.

Por lo demás, podría decirse que las partes, si es que así están de acuerdo, pueden hacer de público conocimiento todo lo que ellas quieren, siempre y cuando, según lo han dicho algunos tribunales, como veremos en alguna jurisprudencia del Ciadi, esto no afecte la integridad del proceso en el transcurso del mismo.

Fuera de eso, las partes tienen disponibilidad absoluta para, si están de acuerdo, hacer pública toda la información del proceso, incluyendo, desde luego, el laudo.

Dependerá también de las partes si las audiencias son públicas o se mantienen de forma privada.

La Secretaría General también se encuentra obligada a hacer públicos algunos extractos del laudo, de manera que el razonamiento utilizado por el tribunal arbitral sea conocido, en general, por la comunidad jurídica y se vaya formando una jurisprudencia.

Si bien es cierto ningún laudo del Ciadi forma jurisprudencia vinculante, sí enriquece la jurisprudencia que es conocida por los tribunales y, en general, por los operadores del derecho.

Las reglas 22 y 23 del Reglamento Administrativo y Financiero del Ciadi establecen la obligación en el secretario general de mantener un registro de las solicitudes de arbitraje, en donde anotarán toda la información significativa —ojo, significativa, no toda la información— sobre el inicio, la conducción y el resultado de cada proceso arbitral, incluyendo el método de constitución del tribunal, es decir, si el tribunal, por ejemplo, fue constituido por acuerdo entre las partes o si hubo que acudir al presidente del Consejo Administrativo y Financiero del Ciadi para que elija al presidente o a un árbitro de parte.

En dicho registro se anotará también toda la información significativa respecto a las solicitudes de suplementación, rectificación, aclaración o anulación de cada laudo.

El artículo 48.5 del Convenio establece que el Ciadi no podrá publicar un laudo sin el consentimiento de las partes, y el 48.4 establece que el centro deberá incluir prontamente en algunas publicaciones —léase la *Revista del Ciadi*— extractos del razonamiento jurídico del tribunal.

La jurisprudencia del Ciadi respecto de la divulgación de información, sobre todo mientras dura el proceso, no ha sido del todo uniforme, pero sí hay un cierto acuerdo en permitirlo siempre que una de las partes publique información sobre el laudo y mientras esto no afecte la integridad del proceso ni exista un acuerdo de confidencialidad entre las partes que así lo impida.

Vamos a ver tres casos. En el caso *Amco vs. Indonesia*, ante una medida provisoria solicitada por Indonesia para impedir que Amco revelara información acerca del proceso, el tribunal rechazó la medida y señaló que el Convenio y las reglas de arbitraje no impedían que las partes revelaran información acerca de su caso. Es decir, para este tribunal, las partes podían revelar información acerca de su caso y, más aún, hacerlo de manera unilateral.

En el caso *Biwater Gauff vs. Tanzania*, Biwater solicitó al tribunal medidas provisionales a fin de impedir que Tanzania siguiera publicando las actas de la primera audiencia procesal, así como la Orden Procesal n.º 2 en internet. El tribunal consideró que si bien no existía ninguna prohibición que impusiera una obligación de confidencialidad en el arbitraje ante el Ciadi, la diseminación selectiva de documentos o información a la prensa de un proceso arbitral en curso podría tener repercusiones negativas para la integridad del proceso arbitral, por lo que procedió a dar recomendaciones sobre el trato que cada categoría de documentos debía recibir sin prohibir la publicación de estos, pero sí estableciendo ciertas formas y tiempos en los cuales esta información podía ser publicada.

Finalmente, en el caso *World Duty Free vs. Kenya*, el tribunal prohibió al demandante diseminar las actas y grabaciones de audio del proceso sin contar con el consentimiento de las partes bajo el numeral 32.2 de las Reglas de Arbitraje del Ciadi, pues como mencioné, si hay dos cosas que el Ciadi no permite que se divulguen sin el consentimiento de las partes, estas son: las audiencias orales, que son privadas, salvo que ambas partes den su acuerdo; y el laudo, que se mantiene confidencial, salvo también que ambas partes den su acuerdo para que sea de conocimiento público.

Por lo demás, muchos laudos arbitrales y muchas presentaciones de las partes, en la práctica, se hacen públicos en el Ciadi y basta con hacer una breve búsqueda de internet para acceder a ellos.

Resumiendo, en el Ciadi la regla es que las partes pueden publicar lo que quieran sin el acuerdo de la otra, salvo por: ciertas medidas para proteger la integridad del proceso; que el laudo se mantendrá confidencial; que haya el consentimiento de ambas partes; que las audiencias orales serán privadas, a menos que ambas partes estén de acuerdo en que se hagan de conocimiento público y que el público pueda asistir a ellas, sea de manera virtual o de la mejor manera que estime el tribunal.

Pareciera que esta suerte de equilibrio logrado entre confidencialidad, obligación de publicidad y libertad de publicidad al que llegó el Ciadi fue bastante exitoso porque en su publicación no disminuyeron los procesos, sino, por lo contrario, siguieron adelante e incluso aumentaron.

Como veremos a continuación, no ha ocurrido lo mismo hasta el momento con el Reglamento de Transparencia de la Uncitral y con la Convención de Mauricio.

Este Reglamento de Transparencia es una novedad relativa, pues, como mencioné, entró en vigor el 1 de abril del 2014 y el mismo Reglamento establece que será de aplicación obligatoria en todos los arbitrajes entre un inversor y un Estado basados en un tratado entre dos Estados, léase el Estado de donde viene la inversión y el Estado que recibe la inversión, siempre y cuando hayan sido enablados de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral, salvo que en el tratado de inversión respectivo las partes hayan convenido algo distinto.

A diferencia de las normas de transparencia del Ciadi, este Reglamento de Transparencia sí tiene una serie de aspectos imperativos que favorecen y obligan, valga la redundancia, obligan a la transparencia del proceso. De hecho, lo más interesante de este Reglamento se encuentra en su artículo 3, que establece que deberá ser puesta de manera obligatoria al público la siguiente información: la solicitud de arbitraje y la respuesta de esta; el escrito de demanda, la contestación y toda comunicación escrita de cualquiera de las partes; una lista de todas las pruebas correspondientes; la lista de todas las pruebas correspondientes a dichos documentos y a los informes de peritos y a declaraciones de testigos. Sin embargo, los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, aunque no las pruebas, serán puestas a disposición del público si así lo pide cualquier persona del tribunal arbitral. Las pruebas y demás documentos no incluidos en los antes mencionados podrán ser publicados si

así lo decidiera el tribunal arbitral, previa consulta con las partes. También será de obligatoria publicidad todo escrito presentado por partes no litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, si el tribunal dispone que las haya; las órdenes procesales, decisiones y laudos del tribunal.

Y el artículo 6 establece directamente que las audiencias de pruebas y de alegatos serán públicas de la manera en que el tribunal lo configure. A diferencia del Ciadi, el Reglamento de Transparencia de la Uncitral hace obligatorio, desde un inicio, la publicación de toda esta información sin dar libertad a las partes para que pacten en contrario.

Por supuesto que hay excepciones de confidencialidad, como es lógico. Estas se encuentran en el artículo 7 del Reglamento, para que la información comercial que conforma el tratado, en el cual se basa el arbitraje, no sea puesta a disposición del público. En el caso del Estado demandado, información que no deba ponerse a disposición del público porque así lo exige la legislación de dicho Estado e información cuya divulgación impidiere hacer cumplir alguna ley.

Vemos una diferencia muy grande entre el tipo de transparencia regular en el Ciadi y la obligada por el Reglamento de Transparencia de la Uncitral.

Por si ello fuera poco, el 18 de octubre de 2017 entró en vigor la Convención de las Naciones Unidas sobre la transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado, conocida también como la Convención de Mauricio, por el país en el cual fue culminada esta convención, que busca reforzar y ampliar el alcance del Reglamento de Transparencia de la Uncitral. ¿Cómo así? En su artículo 1 señala que la Convención es aplicable a los arbitrajes entre un inversionista y un Estado, iniciados no solo a partir del 1 de abril del 2014, como lo establece en el Reglamento, sino también aquellos arbitrajes entre inversionista y Estado iniciados con base en un tratado

de inversión concluido antes del 1 de abril del 2014. Entonces amplía enormemente en el tiempo el margen de aplicación del Reglamento de Transparencia.

La otra disposición importante y relevante es el artículo 2 que establece que el Reglamento de Transparencia Uncitral se deberá aplicar a todo arbitraje entre un inversionista y un Estado, sea conducido bajo el Reglamento de Arbitraje Uncitral o no, siempre que las partes que tienen un tratado de inversión detrás de este arbitraje regulado o no por el Reglamento de la Uncitral, sean partes de la Convención de Mauricio.

A pesar de que la Convención de Mauricio ya entró en vigencia el 2017, a la fecha solo ha sido firmada por veintitrés países y reivindicada por siete: Australia, Bolivia, Camerún, Canadá, Gambia, Mauricio y Suiza.

Y viene aquí la pregunta que he dejado entrever o que dije expresamente al inicio: si lo que se quiere es mayor transparencia en el arbitraje, si se reconoce que hay interés público en el arbitraje de inversión por esta mayor transparencia, ¿por qué esta Convención y por qué este Reglamento de Transparencia de la Uncitral viene teniendo tan poco éxito—en el caso de la Convención, casi nulo—?

Tal vez la carga de transparencia que se pone a las partes es excesiva y ahuyenta. Tal vez se ha debido dejar más margen de decisión a las partes. En todo caso, es una pregunta que me parece importante más que resolver ahora mismo, levantarla y dejarla abierta para que sea respondida en otra exposición o por ustedes mismos, si así lo consideran.

Eso es todo. Muchas gracias por su atención.

Celia de Lorenzo Romero: Muchas gracias, Juan Francisco.

Con esto cerramos este segundo panel.

PANEL III: REGLAMENTO DE LA CCI Y SU IMPACTO EN EL ARBITRAJE

Transparencia en el Reglamento de la CCI

*Javier Loza Vargas*¹

Remoción del Abogado en el Arbitraje Internacional

*Sandro Espinoza*²

Arbitraje de emergencia y su ejecutabilidad en las decisiones a la luz del nuevo Reglamento CCI

*Mayra Bryce*³

-
- ¹ Abogado por la Universidad Privada Boliviana, graduado *magna cum laude* con honores. Actualmente, se desempeña como asociado sénior en Wayar & von Borries Asociados, La Paz. Cuenta con un diplomado en contratación internacional por la Universidad Privada Boliviana y ha realizado estudios superiores en arbitraje y arbitraje internacional en los programas de la International Academy for Arbitration Law. Es profesor de Arbitraje, Derecho Comercial y Contratación Internacional en la Universidad Privada Boliviana. Es embajador de International Academy for Arbitration Law y miembro del Consejo Directivo de Arbitraje Alumni, Es director de la Sociedad Boliviana de Arbitraje.
 - ² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ejerce independiente como árbitro y constructor, miembro de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de la PUCP, de la Cámara de Comercio de Lima, Amcham y de distintas cámaras de comercio del Perú. Tiene estudios de posgrado en Arbitraje Comercial Internacional y de inversiones en la American University Washington College of Law, y en regulación de servicios públicos de la Universidad del Pacífico y en la Politécnica de Cataluña, Barcelona, España. Fundador de Peruvian Young Arbitrators y director de la Escuela de Arbitraje Arbanza.
 - ³ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con maestría en Derecho con especialidad en Derecho Internacional por la Universidad de Nueva York. Actualmente, es asociada principal del Área de Solución de Controversias del Estudio Payet Rey Cauvi & Pérez Abogados, y con anterioridad se ha desempeñado como asociada internacional de la firma N&Y Skadden Arps. Pertenece a la lista de árbitros del Centro de Arbitraje Amcham en Lima, y es parte de la organización Peruvian Young Arbitrators.

Reglas de conflicto de interés incluidas en el nuevo reglamento
de la ICC

*Nicolás de la Flor*⁴

Incorporación de partes adicionales al arbitraje, a propósito
del nuevo Reglamento de la CCI

*Claudia Quispe*⁵

⁴ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios de Arbitraje Internacional en la Universidad de Ginebra y en la Universidad de Buenos Aires. Asociado al Estudio Bullard Falla & Ezcurra, con prácticas en arbitraje internacional, comercial y de inversiones. Miembros de la Cámara de Comercio de Lima y Amcham. Profesor adjunto de la PUCP y *coach* de *moots* de arbitraje.

⁵ Asociada sénior del Área de Litigios del Estudio Rebaza Alcázar & De las Casas. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con un Diplomado de Especialización en Arbitraje Comercial y de Inversiones por la Universidad del Pacífico. Su práctica se centra en el área de resolución de controversias con especial énfasis en el arbitraje doméstico e internacional. Cuenta con una pasantía profesional en el área de arbitraje internacional de la firma Decker en París.

Karina Zambrano Blanco: Bienvenidos al tercer panel formado por Flavio Javier Loza Vargas, Sandro Espinoza Quiñones, Mayra Bryce, Nicolás de la Flor y Claudia Quispe. Bienvenido, Flavio Javier.

Flavio Javier Loza: Muchas gracias, Karina.

Vamos a hablar acerca de algunas particularidades en el reciente Reglamento de Arbitraje de la CCI y me voy a permitir dar algunas aproximaciones de lo que mis compañeros tratarán de forma puntual.

Recientemente, los que estamos en el mundo del arbitraje, particularmente, del arbitraje CCI, hemos tomado la noticia del lanzamiento de ciertas modificaciones al Reglamento CCI respecto a las cuestiones de arbitraje.

El Reglamento CCI es parte de una serie de métodos que pone la Cámara de Comercio Internacional que básicamente tiene como finalidad propiciar mejores prácticas y facilitar el intercambio comercial a una escala global.

La Cámara de Comercio Internacional fue creada en 1919 y en el año 1923 se creó una corte dedicada a propiciar el fomento del arbitraje como método de solución de controversias. Desde entonces, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional se ha convertido en uno de los mecanismos y uno de los guardianes más prestigiosos del arbitraje internacional.

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara es parte de una gran familia de métodos de solución de problemas y de gestión de problemas, y estos se van analizando constantemente para recoger nuevas y mejores

prácticas más modernas y que respondan mejor a las necesidades de gestión y solución de problemas.

El primer Reglamento que podemos citar data aproximadamente de 1955 y ha tenido reformas. La CCI se ha preocupado por modernizar constantemente los reglamentos que ha encontrado en vigor. De hecho, tenemos uno que data de 1998, después sustituido por uno aprobado en junio del 2001 que entró en vigor en enero del 2002. El siguiente a ese Reglamento fue el que contuvo las enmiendas del año 2007, y que, finalmente, llegó al que tenemos el día de hoy, publicado en noviembre del 2020, y que se encuentra vigente desde enero del 2021.

El Reglamento aprobado en noviembre del 2020 y vigente desde enero del 2021 ha incorporado una cantidad de modificaciones interesantes respecto a las audiencias, intentando propiciar al mundo digital motivado de muchas formas por el avance de la pandemia, la incorporación de partes adicionales, presentaciones electrónicas, por supuesto, el tema de los *third-party fundings*, la consolidación de arbitrajes, la constitución del tribunal arbitral y la representación de partes, además de una serie de modificaciones respecto a las cuantías en los arbitrajes menores.

Le cedo la palabra al doctor Sandro Espinoza.

Sandro Espinoza Quiñones: Muchas gracias, Javier.

El tema que expondré, si bien es nuevo en el Reglamento ICC, verá algunos antecedentes que vienen de algunos casos de remoción del abogado en el arbitraje internacional.

¿Cuál es el supuesto y cuál es el escenario en el cual los quiero ubicar? El escenario es cuando un arbitraje ya se ha iniciado y una de las partes varía su abogado o representante, porque —como sabemos— en el arbitraje no es necesario tener un abogado. Y este representante se

incluye en el arbitraje por la parte con la finalidad de generar una controversia o incertidumbre o algo que pueda hacer que uno de los árbitros sea recusado o se genere alguna incompatibilidad con el representante. Es decir, puedo colocar un abogado que es parte de la misma firma de uno de los árbitros y con ello generar una posible recusación.

¿Cuál es la solución que nos da el Reglamento de ICC? De hecho, tiene algunos antecedentes. Esta es la nueva regla del artículo 17 del Reglamento del 2021. Nos dice algo que nos estaba contando Roque Cárivano más temprano, ahora hay una obligación de las partes, en primer lugar, de informar cuando quieren variar un representante legal o abogado con la finalidad de que el tribunal arbitral, en este momento ya constituido, pueda tomar alguna medida en caso se pueda generar o se genere controversia sobre algún conflicto de interés entre el nuevo representante y algún miembro del tribunal arbitral, incluso tiene la facultad de excluir ese nuevo representante.

¿De dónde deviene esta facultad del tribunal arbitral para remover un abogado? Siempre se ha preguntado y se ha desarrollado de manera doctrinaria también —si se ha podido— si es que el tribunal tiene realmente esa facultad para remover un abogado no solamente cuando se pueda generar un conflicto de interés, sino, en general, quizás para las famosas multas o algo que linde con lo ético también, o se debe circunscribir simplemente o resolver sobre el fondo de la controversia.

Se ha dicho que cuando no hay una regulación expresa, la facultad de los árbitros para remover al representante de una de las partes se base en tres motivos: primero, unos poderes explícitos que están, prácticamente, en la Ley Modelo Uncitral y en casi todas las legislaciones arbitrales del mundo, dirigidos a la conducción eficaz del proceso, el árbitro tiene que dirigir correctamente, y dentro de esa facultad de dirigir puede moderar, en cierta manera, conductas antiéticas o que pueden generar conflictos de interés en el interior del arbitraje; segundo, también tiene una facultad para evitar abusos de derecho, porque estamos hablando

de un escenario, en el cual una de las partes, de manera maliciosa o tratando de generar algún conflicto en el tribunal o remover a alguno de los árbitros, introduce a este nuevo representante. Esto podría verse también como un abuso de derecho; tercero, la necesidad de preservar la función jurisdiccional de los árbitros, es decir, esta es una frase que la voy a mencionar también más adelante, acá la lógica no es que el nuevo representante ingresa y el tribunal arbitral o el árbitro cuestionado se tiene que retirar. La regla es a la inversa, es decir, se produce un conflicto de interés generado solamente por la parte, pero quien se tiene que retirar es la parte o la nueva parte.

¿Cuál ha sido la evolución en este tratamiento de esta facultad del tribunal arbitral? El primer caso que tenemos —y es que ha sido una evolución porque la regla era que los tribunales arbitrales no se sentían con la facultad de tomar ninguna medida respecto de estas situaciones o ante los abogados de las partes— es de un tribunal de Irán contra Estados Unidos en el caso *Normal Gabay vs. Islamic Republic of Iran*, que determinó que carecía de facultades para imponer sanciones o medidas disciplinarias al representante de una parte por la presentación de pruebas falsas. Carecían, aparentemente, o no se atrevían a imponer medidas de conducta a los abogados o representantes de las partes.

Igual sucedió en un Caso n.º 8879 de la ICC en el cual el escenario que vamos a ver que es bastante común, una de las partes denunciaba que el abogado de la contraparte le había prestado asesoría previamente, incluso, respecto al mismo caso.

Entonces, en este escenario se denunció el hecho que linda con lo ético y el tribunal arbitral desestimó la petición. Esto fue al inicio, indicando que ello debería resolverse en un procedimiento nacional fuera del tribunal arbitral, al considerar tres puntos bastante importantes: primero, que carecía de jurisdicción, pues ello solamente está facultado para pronunciarse sobre el fondo a través de un laudo; segundo, que la remoción de este abogado privaría al demandado de su derecho a elegir a su

propio abogado, colindando con su derecho de defensa; tercero, incluso si el tribunal arbitral estuviera facultado, controversias de este tipo serían no arbitrables, dado que requeriría decidir sobre consecuencias criminales, en este caso, algo criminal con lo ético por una supuesta mala práctica del letrado.

Y en este escenario, en estos dos primeros casos, los tribunales arbitrales simplemente señalaban que no tenían ninguna facultad para tomar una medida disciplinaria ante un abogado o representante de la parte; pero esta postura ha ido diluyéndose en la actualidad.

El caso que motivó la nueva regla es el caso *Ciadi de Hrvatska vs. Slovenia*, en el cual la controversia es muy parecida a los dos casos anteriores, es decir, iniciado el procedimiento, que es el supuesto de hecho que establece el artículo 17.

La firma de abogados que representaba al demandado comunicó su decisión de aumentar el equipo letrado con un abogado más que, a su vez, era parte de la misma cámara que el presidente del tribunal arbitral, es decir, generar un conflicto de interés, incluyendo un nuevo integrante en el equipo legal para remover a uno de los árbitros. Como resultado, decidió solicitar la exclusión del abogado, tras rechazar la renuncia del presidente del tribunal arbitral. Y acá el tribunal arbitral, después de confirmar que, efectivamente, gozaba con las facultades para remover al abogado, decidió excluir al letrado para evitar poner en riesgo su legitimidad, es decir, colisionó un poco los dos derechos, es decir, contar con un abogado o también contar con un tribunal arbitral legítimo. Y, evidentemente, se analizó un poco también la conducta de la parte de incluir un nuevo abogado. Este caso, en realidad, ha sido bastante importante. Lo vamos a ver más adelante porque es la base de esta nueva regla.

Se generó un par de casos más que hacían ver que los tribunales arbitrales realmente estaban facultados para tomar medidas contra los

abogados de las partes. En el caso *Rompetrol vs. Rumanía*, igualmente, el representante del demandante decidió retirarse del procedimiento siendo sustituido por otro letrado —otra vez cambio de representantes legales—. Sin embargo, el demandado acá advirtió que el sustituto había sido miembro de la misma firma de abogados que uno de los miembros del tribunal arbitral hasta hace muy poco tiempo, motivo por el cual llegó a solicitar su renuncia.

Si bien el tribunal arbitral desestimó la solicitud, señaló dos cosas importantes. Primero que tenía, efectivamente, la facultad, lo cual era bastante importante para criterios y antecedentes; y, segundo, una regla bastante importante: que esta facultad de los tribunales arbitrales de remover a los abogados sea en situaciones excepcionales, cuando se afecte genuinamente la integridad del proceso.

No es de manera automática, estos casos deben ser analizados caso por caso. Y, de hecho, las reglas de la IBA sobre conflictos de intereses, que están pensadas para los árbitros, son y se recomienda que sean aplicables para analizar este tipo de situaciones.

Igualmente, en el caso ICC n.º 18884, en el cual se aborda una alegación de conflicto de interés por parte de un letrado que anteriormente había actuado en nombre de la contraparte. Y en esta ocasión, aunque nuevamente se confirmó que el tribunal arbitral tenía la facultad, que creo que es algo positivo, se dice que se señaló que no había indicios suficientes, con lo cual se rechazó la solicitud. Este caso fue importante porque fue objeto de comentario del presidente de la ICC de ese momento, el cual mencionó le hubiera gustado que se tome como referencia en los parámetros justamente el caso *Hrvatska vs. Slovenia*, en el cual señaló que la frase debería ser y, de hecho, ya años posteriores lo hemos visto con el artículo 17 plasmado, «nosotros nos quedamos, tú te vas».

¿Qué sucede cuando hay facultades expresas? El Reglamento de ICC no es el primero, no es una regla completamente nueva, de hecho

tenemos el Reglamento de la London Court of International Arbitration del 2014, que es el pionero de este tipo de reglas, que establecía esta facultad del tribunal arbitral; sin embargo, y si bien es bien saludable al día de hoy, porque es menos agresivo que la lectura y que la redacción del actual artículo 17 del Reglamento ICC, señala en su artículo 18 que cualquier cambio en la representación de una de las partes deberá ser notificada y, en todo caso, estará sujeto a la aprobación del tribunal arbitral.

Y nótese acá la diferencia con la actual reglamentación ICC. Acá lo que se dice, quizá algo un poco más diplomáticamente, es que el tribunal arbitral tiene que aprobar el cambio, y en ICC, si se nota un poco a detalle, es que el tribunal arbitral tiene la facultad de excluir al nuevo representante.

Se ha saludado bastante esta redacción —evidentemente, viene de Inglaterra, bastante más política— en la cual se deja a la aprobación del tribunal arbitral, no tan agresivo como tomar una medida directa contra el abogado. Es importante señalar que ya otros reglamentos como el de Dubai International Centre Rules o el de Bahrain Chamber for Dispute Resolution Rules han optado por replicarlas.

Bastante más diplomática que la señalada en las reglas de la IBA, porque está mucho más alineada a la nueva regla de ICC, en la cual señala en su directriz 5 que una vez constituido el tribunal arbitral ninguna persona puede aceptar la representación de una parte si existiera cualquier conflicto entre esa persona y algún miembro del tribunal, una medida directa para el nuevo representante o la parte que pretende cambiar al representante. Y la directriz 6 reconoce que de no cumplirse el anterior deber, el tribunal podrá, incluso, impedir su participación en todo o en parte del procedimiento.

Entonces, esta regla ya previamente existía positivizada, si bien como *soft law*, pero estaba siendo utilizada en algunos casos y, de hecho, lo hemos visto como en los casos anteriores que hemos podido repasar.

¿Cuáles son las críticas a esta nueva regla? Son tres. Primero, que se estaría alejando al tribunal arbitral de su real función que, finalmente, es resolver la disputa. Se analiza bastante el tema de la competencia y el alcance de la competencia del tribunal arbitral, si puede realmente tomar medidas que, evidentemente, estoy en el escenario en el cual no hay facultades expresas. No estoy en el escenario en el cual estamos ante un Reglamento ICC o del London Court, donde realmente el tribunal puede tomar medidas contra los abogados o representantes legales. Algunos consideran que no lo deberían hacer, que se deberían centrar, simplemente, en emitir un laudo y resolver el fondo de la controversia. Segunda crítica, a su independencia e imparcialidad, porque estamos en un escenario en el cual una parte maliciosamente ha ingresado un nuevo representante o un nuevo abogado para retirar a ese árbitro del tribunal arbitral y si bien, supongamos, que el escenario sea que el árbitro excluya a este nuevo representante, podría decirse que ya está subjetivamente contaminado, —me han querido sacar del tribunal con una manera bastante obvia o burda, al querer ponerme quizás un abogado que me genera un conflicto de interés directo conmigo—. Y la tercera, que me parece mucho más práctica, es la exclusión de un letrado del procedimiento o que se convierta en ineficaz porque ese letrado podría continuar asesorando en la sombra.

Para concluir, para respetar los minutos que hemos quedado acá en la mesa. Simplemente, hay una colisión de derechos y estos casos van a tener que analizarse uno por uno, pues hay un derecho que tiene la parte de presentar su caso por un abogado de su elección, independientemente de que le genere, posteriormente, un conflicto de interés con el tribunal arbitral. Una parte es dueña del arbitraje y, por lo tanto, tiene que sentirse cómoda en el tribunal, tiene que ser oída por un tribunal

arbitral imparcial e independiente, es decir, que el tribunal se quede legitimado en el caso.

Estamos en un escenario límite en el cual se debe evitar que, evidentemente, una parte descontenta con uno de los árbitros modifique conscientemente su equipo legal para provocar una situación de conflicto de interés que motive su recusación. Estas reglas son saludables, pero lo que sí se debe tomar en consideración es que esta facultad debe ser aplicada de manera excepcional.

Una tercera conclusión, apoyada siempre en la doctrina, te dice en parámetros como los que señalan las directrices sobre conflicto de intereses de la IBA, es decir, tiene que realmente haber un conflicto de interés y luego de analizar si es que existe un conflicto de interés ver si es que tiene facultades expresas o no, y en caso de no tenerlas —porque es lo más complicado el escenario de no tenerlas— ver si realmente esa acción está deslegitimizándola.

Es muy interesante esta nueva regla de ICC, veamos cómo se va a aplicar. No conozco en Perú algún caso en particular, pero sería interesante ver si alguna vez aparece uno para saber cómo resolvería el tribunal arbitral.

Muchas gracias.

Flavio Javier Lazo Vargas: Muchas gracias, Sandro.

Ahora cedemos la palabra a Mayra Bryce, quien nos va a hablar acerca del «Arbitraje de emergencia y su ejecutabilidad en las decisiones a la luz del nuevo Reglamento CCI».

Mayra Bryce Alberti: Muchas gracias, Flavio.

A diferencia de lo que había estado comentando Sandro y tú habías anticipado un poco, Flavio, la verdad es que el procedimiento del árbitro de emergencia ha tenido muy poca modificación en esta nueva versión del Reglamento CCI, pero no por eso deja de ser menos interesante comentarlo, porque la verdad es que los pocos cambios que ha hecho tienen un impacto positivo en el Reglamento y en cómo se trata el árbitro de emergencia.

Existen cambios que no se han hecho y, de alguna manera, habíamos previsto que podían venirse, sobre todo en temas aclaratorios que vamos a ver ahora que tienen que ver con la ejecutabilidad y que si al final no se han hecho, pienso yo que es porque el propio mercado arbitral logra solucionar estos temas que algunos consideramos todavía en discusión o que más debatibles.

Como todos conocemos ya desde hace unos años, hablando del Perú —porque es una dinámica que tenemos ya desde hace varios años, imitando justamente el Reglamento de la CCI—, tenemos esta figura del árbitro de emergencia. ¿De qué trata esta figura? Cuando no existía el árbitro de emergencia y había la necesidad de solicitar una medida cautelar, las partes interesadas tenían dos alternativas: esperaban que se constituyera el tribunal arbitral, ante el que se pedía directamente la medida cautelar —y eso permanece en el artículo 28 del Reglamento CCI— o la opción, que también permanece disponible, que las partes acudan al Poder Judicial y solicitaran ahí su medida cautelar, su medida preventiva, con la carga de inmediatamente proceder a presentar la solicitud de arbitraje y esperar que exista un tribunal constituido para tomar el mando de esa medida cautelar. Un árbitro de emergencia es el que le entrega esta potestad pretribunal arbitral a quien va a ser un árbitro designado por la Corte de Arbitraje de la CCI, quien se puede encargar de dar una solución inmediata a esa problemática dentro de un periodo bastante acotado.

La CCI tiene este procedimiento desde 1990, el procedimiento del secretario prearbitral, pero este procedimiento exigía que las partes se pusieran de acuerdo para tener esta suerte de procedimiento cautelar arbitral preinicio del arbitraje. Como sabemos, las partes suelen ponerse de acuerdo cuando no se están peleando, pero es más complicado cuando no se están llevando bien. La verdad es que tuvo muy poco uso desde 1990 hasta el 2012, que es cuando ya viene el Reglamento con la propuesta del árbitro de emergencia que todos conocemos.

Y ha venido funcionando bastante bien, de hecho, en las modificaciones del 2017 al Reglamento no se presenta ninguna modificación a la reglamentación del árbitro de emergencia que está en el artículo 29 de las Reglas y el procedimiento más detallado en el anexo 5. No existe ninguna modificación, permanecemos con la misma legislación desde el 2012 a la fecha.

La razón de la acogida del procedimiento del árbitro de emergencia es que cuando hay más de una jurisdicción involucrada, especialmente, un arbitraje internacional, es más complicado ir a un Poder Judicial, el árbitro de emergencia facilita muchísimo esto, es bastante rápido. La decisión se obtiene en, aproximadamente, quince días, si todo sale bien y, además, se guarda el deber de confidencialidad, que es algo que a las partes les interesa mucho, y muchas veces eso las previene de ir directamente, por ejemplo, a un Poder Judicial porque ahí la controversia es públicamente ventilada.

Ahí vamos al primer cambio, porque el Reglamento funciona muy bien para todos los que les gusta que exista un procedimiento de emergencia. Yo creo que es una de las mejores soluciones que tienen los nuevos reglamentos —y ahí la CCI creo que comercialmente advierte que esto no era necesariamente algo que le guste a los Estados, en el marco de lo que comentaba ahora el panel anterior, de un arbitraje de inversión, y no estoy hablando de un contrato que prevé las inversiones, sino, propiamente, un arbitraje de inversión que se desprende directamente de un

tratado, pues ahí había incomodidad de parte de los Estados de que pudiese haber la posibilidad de que ellos fueran a un árbitro de emergencia—, este nuevo Reglamento ha incorporado un nuevo literal c) en el artículo 29, donde, justamente, lo que dice es que para el caso que exista la cláusula arbitral que provenga de un tratado no habrá la posibilidad de acudir a un árbitro de emergencia.

Esta innovación se piensa, según los comentarios, llega porque si bien el el monopolio de los arbitrajes de inversión lo sigue manteniendo la Uncitral y el Ciadi, la ICC creo que está buscando ser una sede más atractiva también para arbitrajes de inversión, dándole, de alguna manera, la tranquilidad al Estado que no tendrá la problemática de un árbitro de emergencia que, como sabemos, a los Estados soberanos no les gusta mucho.

Más bien desaparece el que era el original literal c) y esto es algo que de alguna manera se aplaude, porque pareciera ser que la CCI ha advertido una problemática que tenía desde el 2012, cuando se elabora este reglamento, y es que con anterioridad a la nueva versión que conocemos lo que se decía es que cuando ya existía algún tipo de acuerdo entre las partes —las famosas cláusulas escalonadas— para solucionar la controversia con un procedimiento prearbitral que pudiese comprender medidas cautelares no existía la posibilidad de acudir al árbitro de emergencia.

Entonces, ¿cuál es por *default* el caso que caía más en este supuesto? Lo vemos mucho en los contratos de construcción, porque en los contratos de construcción, que normalmente se rigen por las normas Fidic, se tiene, justamente, estas cláusulas escalonadas que prevén que las partes puedan ir, antes de un arbitraje al Poder Judicial, a lo que son los famosos *dispute boards*, que si bien es una decisión técnica, resuelve la controversia en la medida que ninguna de las partes la lleve un tribunal arbitral, esta es la decisión que permanece.

Si bien este procedimiento de *dispute board* ha traído muchos beneficios al sistema de los contratos de construcción de manera positiva, ya que las partes pueden ir resolviendo sus controversias incluso mientras que se está ejecutando la obra, a efectos de una medida cautelar sí genera una problemática porque los *dispute boards* están previstos a resolver una controversia en 84 días, según el Libro Rojo de Fidic, y, entonces, estábamos hablando de un periodo que puede resultar muy largo para una parte que le interesa tener una medida cautelar inmediata.

La CCI pareciera que ha advertido esta problemática. Incluso, si uno revisa los comentarios a las primeras versiones del Reglamento 2012-2017, está la crítica de por qué no tener la posibilidad de ir a un árbitro de emergencia así haya una cláusula escalonada. Hoy por hoy se ha eliminado ese literal c). Ya no es un impedimento, ya no hay limitación para acudir directamente al árbitro de emergencia para quienes tengan en su contrato estos procedimientos prearbitrales.

Estos son los dos cambios que trae este nuevo Reglamento en lo que se refiere al árbitro de emergencia, de impacto bastante relevante claramente en los arbitrajes de inversión, y creería que también lo va a tener en los arbitrajes de construcción.

Queda un poco en el aire —o capaz no queda, depende de la posición que algunos tengan— lo de la ejecutabilidad, pero vale la pena igual echarle un comentario. Cuando uno revisa el artículo 29 de la CCI, se habla siempre de que la decisión del árbitro de emergencia es una orden procesal. Entonces, la figura donde va a entrar la decisión del árbitro de emergencia no es un laudo, es justamente una orden procesal, por más de que, incluso, tenga el considerando, el formato, el mecanismo de decisión y deliberación que puede tener un minilaudo —por así llamarlo—, no deja de ser una orden procesal. La CCI puso esa redacción en el 2012, la ha mantenido en el 2017 y en el 2021. ¿Y por qué resulta curioso o relevante? Porque existen otros reglamentos arbitrales, como el Regla-

mento de la London Court de Singapur, de Hong Kong, que, justamente, amplían la definición de orden, y dicen que la decisión del árbitro de emergencia puede ser contenida no solamente en una orden procesal, sino también en un laudo interino.

Y el propósito —creemos, junto a algunos autores— de generar que sea más allá del orden busca garantizar que estas decisiones puedan ser fácilmente ejecutables cuando las partes no las cumplen por voluntad propia. Y ahí nos vamos a una discusión donde el doctor Caivano ha tenido una función importante, sobre si la decisión de un árbitro de emergencia, llamándose una orden procesal, podría ser, por ejemplo, ejecutable bajo la Convención de Nueva York, porque algunos sugieren que la Convención de Nueva York está prevista para laudos arbitrales, y hay quienes lo llevan un poquito más allá y dicen, incluso, que se refieren a decisiones que, finalmente, ponen fin a una controversia.

Entonces, algunos critican, porque una orden procesal de un árbitro de emergencia puede tener una vida muy cortita, ya que si no se cumple con instalar el tribunal dentro de los siguientes diez días la medida cautelar se cae, y lo que es más, si no se cae, es porque se constituye el tribunal arbitral. El tribunal arbitral tiene toda la posibilidad y la legitimidad de cambiar la decisión del árbitro de emergencia.

No pareciera encajar en lo que prevé en la Convención de Nueva York. Pero ahí opino, con el doctor Caivano, que no es así, que en realidad la Convención de Nueva York no pone tal limitación y, en definitiva, no hay ningún lado de la misma donde podamos ver que se hable de un laudo que ponga fin definitivo a una controversia. No tendría por qué ser una limitación para la ejecución de una orden procesal por parte de un árbitro de emergencia que contiene esa medida cautelar en temas de ejecutabilidad.

La Corte de Procedimientos de Suiza piensa totalmente diferente. En el año 2010 se pronuncia sobre una orden de parte del árbitro de

emergencia y deja establecido que esta no es un laudo y que tiene una característica procesal totalmente diferente, dificultando con ello su ejecución.

Ante esta problemática hay legislaciones como, por ejemplo, la de Hong Kong o la de Singapur que han buscado precisar que le quieren dar la misma equivalencia a una orden procesal de un árbitro de emergencia que a un laudo para no generar ningún tipo de problemática respecto de esta ejecución. La Uncitral también los equipara en su Reglamento, justamente para evitar estos problemas de sintaxis y que se pueda generar alguna problemática.

La CCI no lo ha hecho y una vez más permanece con la voluntad de que queda como una orden.

Hay cortes como la de Nueva York o la de Londres que son bastante amigables, muy pro arbitraje. Entonces, probablemente, uno no tenga esa problemática si va a ejecutar una decisión de un árbitro de emergencia bajo el título de orden procesal ante alguna de ellas. Y existen otras donde sí podría generar esa problemática.

¿Qué hace y mantiene la CCI en su Reglamento? La CCI parte de la premisa que desde el momento en que las partes se han sometido a un reglamento de arbitraje sin generar la cláusula *opting out* —sin decir que no les va a aplicar el régimen de árbitro de emergencia—, ellas se someten a las decisiones del árbitro de emergencia y no tienen por qué objetarlas. Y la verdad es que esto ha funcionado bastante bien, de acuerdo a la estadística de la CCI, incluso, normalmente, son las propias partes las que cumplen directamente con la medida, sin tener que llegar a una fase de ejecución, y hay muchas cortes que no le ponen problema a esta ejecución.

En esa línea, la CCI va un paso más allá y tiene algunas regulaciones que le permiten al tribunal arbitral ya constituido que, al momento de

tomar el caso, incluso, de asignar los costos arbitrales al final de este, pueda tomar en consideración el comportamiento de las partes respecto de las decisiones del árbitro de emergencia.

Esto, de alguna manera, genera una *deterrence* para las partes porque no cumplir puede repercutir gravemente en su proceso arbitral, el que sería el proceso principal, que finalmente regirá hasta el final, en el laudo y en la locación de costos del arbitraje.

Entonces, no está de más traer el tema sobre la mesa porque, efectivamente, es algo que algunos pensaban que iba a ser, de repente, aclarado, aprovechando la modificación en las disposiciones.

No se hizo, pero pareciera ser que adrede, porque no sería necesario y los mecanismos que tiene este Reglamento resultan lo suficientemente buenos, por así decirlo, para que el cumplimiento sea efectivo sin que exista esa problemática.

Otra cosa que no tiene que ver con la ejecución, pero no quería dejar de comentar. Se discutía mucho que la decisión del árbitro de emergencia podría ser luego aportada como prueba en el arbitraje principal por la parte interesada. Si, por ejemplo, alguien había presentado una medida cautelar y esa medida cautelar había prosperado o se había caído, y hay una fundamentación para ello por parte, seguramente, de un excelente árbitro, eso podría ser presentado luego al arbitraje.

Hay quienes dicen que no, que eso no debería de ninguna manera ser considerado prueba; hay quienes consideran que por qué no, que si uno tiene derecho a presentar cualquier documento, prueba documental, por qué no podría presentar aquello y ser valorado como una prueba, como una opinión, incluso, un informe de un experto, si alguno quisiera llamarlo así.

Si bien vemos un régimen muy sólido para el árbitro de emergencia en el Reglamento que se tiene, hay cosas que todavía quedarán por ahí para ser sometidas a discusión y a comentario por parte de quienes, finalmente, participamos en el litigio arbitral.

Estas son mis reflexiones al respecto. Gracias.

Flavio Javier Loza Vargas: Muchas gracias, Mayra.

Ahora cedemos el paso a Nicolás de la Flor, quien va a comentarnos el tema «Reglas de conflicto de interés incluidas en el nuevo reglamento de la ICC».

Nicolás de la Flor: Muchas gracias, Javier.

Voy a hablar de las nuevas reglas de la ICC 2021, enfocadas específicamente en el *third-party funding* y los conflictos de interés.

Es muy interesante esto porque las reglas vienen en un momento en el cual el *third-party funding*, probablemente, va a crecer enormemente por algo que es bastante evidente. Ya venía creciendo y la pandemia, naturalmente, ha afectado mucho la economía del mundo, y «mucho» probablemente es una palabra muy leve, eso genera un doble efecto a nivel de litigio.

El primero es que hay más litigios, la gente tiene menos plata, tiende a incumplir más. Creo que, probablemente, todos los que trabajamos litigando hemos sentido, de mediados del año pasado hasta hoy, un aumento fuerte en la cantidad de trabajo. No es por los mejores motivos, obviamente, nadie es feliz con una crisis económica, pero genera este efecto.

Crece también la necesidad de recursos para financiar la controversia. Claro, hay controversias que no son tan caras llevar a cabo, pero hay

controversias que realmente tienen la inversión de algunos millones de dólares solo para llevar a cabo el arbitraje. Esto genera el *third-party funding*, evidentemente, dada la relevancia por las circunstancias económicas en las que nos estamos viendo por la pandemia y que van probablemente a durar bastante tiempo más.

Algo que dice Lord Neuberger, de la Corte Suprema inglesa es que «el financiamiento es parte del sistema sanguíneo del sistema de justicia». Es decir, sin financiamiento el sistema de justicia no funciona. El financiamiento no puede ser propio. Cada parte paga su propio litigio, pero es muy probable que muchas empresas vayan a recurrir con mayor necesidad que hasta ahora a financiamientos de terceros para solventar el litigio. Podrían solventarlo, pero van a preferir optar por un financiamiento de tercero, justamente, para mitigar el riesgo de enfrentar un litigio.

En la misma línea se ha pronunciado la sala de apelaciones, diciendo algo tan sencillo como cierto: «El financiamiento por terceros —el *third-party funding*— es una característica de litigación moderna, y lo va a ser cada vez más por este contexto de crisis económica que, evidentemente, no se va a solucionar este año y, probablemente, va a dar para bastante tiempo más.

¿Cómo funciona el financiamiento de litigios? Detrás del demandante o del demandado está quien invierte y, naturalmente, es la parte quien lleva adelante el caso y designa los abogados, etc., pero ya se vuelve un poco más gris el rol del financista del litigio. El financista puede decir: «Yo estoy de acuerdo, pero quiero tener cierta injerencia en la designación del estudio de abogados. Quiero tener cierta injerencia en la designación de los peritos. Quiero tener cierta injerencia en la designación del árbitro, etc.

Entonces, la figura completa de los actores del litigio y quien los financia es más grande y compleja, y puede generar conflictos de interés.

En los últimos años se ha discutido mucho sobre declarar o no la existencia de este inversionista y cómo esto va a estar relacionado con los conflictos de interés respecto a los árbitros, peritos, etc.

Luego, obviamente, el financista es un actor superimportante, finalmente, quien pone la plata, plata que le permite pagar a los abogados, a los árbitros. Entonces, es un actor que normalmente no vemos en la primera foto, pero quizás es el más importante para que el caso pueda existir. Y es obvio que una participación tan importante debe tener una incidencia en las declaraciones, porque puede, naturalmente, incidir en los conflictos de interés que se generen.

Algo nuevo está en el numeral 7 del artículo 11, que dice, básicamente, las aclaraciones que hay que hacer, y para ayudar los árbitros a cumplir con los deberes de declaración cada parte deberá informar oportunamente a la secretaría, al tribunal y a las otras partes la existencia e identidad de cualquier no parte que esté ayudando en la financiación del litigio.

Es, básicamente, declárase algún *funder*, algún financista, en este caso. Este es el ajuste que se ha hecho y, personalmente, lo considero superadecuado. Está trasladando algo que ya se venía discutiendo hace mucho que incide en el litigio y hace muy bien el Reglamento en obligar a las partes a declarar si es que hay o no algún financista involucrado.

Lo que se busca es que se sepa quién pone la plata, porque el que pone la plata tiene, naturalmente, un interés en el caso y puede tener también incidencia en las decisiones que se tomen, entre ellas, la designación del tribunal. Y es bien interesante porque lo que pide el Reglamento —cosa que creo que es muy adecuada— es que se declare la existencia de la identidad, nada más.

Hubo un grupo de trabajo en la Uncitral que discutió sobre si debían también declararse o no los términos del contrato de financiamiento de

la empresa o el fondo de inversión con la parte del arbitraje. En el caso del Reglamento de la ICC no se ha incluido ese requisito, cosa que considero bastante buena porque esos términos, por ejemplo, pueden decir, imaginando un caso con tres pretensiones dinerarias: «De la pretensión 1, si ganas, me pagas el 15 %; en la pretensión 2, me pagas el 2 %; y en la pretensión 3, me pagas el 2 %. Naturalmente, conocer los términos nos debe dar cierta información respecto al entendimiento que la propia parte y quien la financia tienen en las pretensiones, las fortalezas y debilidades respecto al caso.

Dependiendo del caso, quizás será necesario que el tribunal pida que se amplíe la declaración en algún extremo, pero como regla general parece ideal que se pida solamente que se declare la existencia y quién es, y no se pida una declaración, al menos como regla inicial, más profunda.

Es una sección bastante específica, pero muy importante en el nuevo Reglamento de la CCI y que creo que va a tener mucha incidencia, en adelante, justamente por este contexto de crisis económica que va a aumentar el financiamiento por parte de terceros.

Muchas gracias a todos.

Flavio Javier Loza Vargas: Muchas gracias, Nicolás.

A continuación, Claudia Quispe va a tocar un aspecto muy importante: «Incorporación de partes adicionales al arbitraje, a propósito del nuevo Reglamento de la CCI»

Claudia Quispe Gonzales: Gracias.

Este es uno de los cambios recientes al Reglamento de la CCI que me llamó la atención por el tema práctico del día a día, donde nos encontramos casos que no tienen la típica figura de una parte demandante

y una parte demandada, sino que cada lado puede tener múltiples partes o, incluso, incorporar otras. Creo que regula un nuevo escenario y, obviamente, como todo cambio para regular las situaciones complejas que se dan, ya en la práctica se verá si también, con motivo de su aplicación, podría generar algunas otras situaciones nuevas y complicadas. Ahora lo vamos a comentar.

El caso de la incorporación de partes adicionales tiene que ver con los arbitrajes multiparte. También se ha incorporado otra regla para, por ejemplo, el tema de consolidación de arbitrajes que no es lo que voy a tratar, pero lo que se busca es regular las dificultades que presentan los casos complejos. Casos multiparte, multicontrato, los casos complejos que, según un último reporte de la CCI, van alrededor del 40 % en el sector de construcción, energía y también se da en casos donde están involucrados financiamientos, donde no solo tenemos al que da el dinero y al que lo recibe, sino al garante, a veces, a la casa matriz, etc.

Vamos a encontrarnos varias partes involucradas. Hay un porcentaje importante en casos que tienen más de diez partes involucradas en la CCI, me parece que supera el 10 %. Entonces, definitivamente, es necesario ante intereses contrapuestos diversos, ante diferentes partes que consideran que tienen el derecho, por ejemplo, de designar a sus árbitros, ante problemas de jurisdicción que puede haber con incorporarlos al caso, si a tal parte le alcanza o no el convenio arbitral, etc.

Con respecto a la oportunidad en la que se hace esta incorporación, por lo general, el hecho de que no se incorpore a alguien que sí debió ser parte puede ser un tema de estrategia, es poco probable que a alguien se le olvide demandar a otra persona.

¿En qué oportunidad se solicita que ingrese alguien más al arbitraje? ¿Qué impacto va a tener esto en el proceso (retrasos en el procedimiento, cuestiones de jurisdicción, etc.)? Antes de esta última modificación, lo que requería el reglamento de la CCI era el consentimiento de

las partes, incluida la parte adicional, de manera que si ya había un tribunal constituido, no se podía sin el consentimiento de las partes y la parte adicional. Esto generaba que bastara que una parte no estuviera de acuerdo para que no ocurriera la incorporación de la parte adicional, simplemente porque no se contaba con el acuerdo de todos y ya había un tribunal constituido.

¿Qué es lo que regula ahora el nuevo reglamento de la CCI? En el artículo 7, en el tema de la incorporación de partes adicionales, en la parte del numeral 1 se ha hecho la precisión, porque estaba prohibido que después de la constitución del tribunal se incorporaran partes adicionales, a menos que hubiera el consentimiento de todas. Ahora tenemos en el numeral 5 esta nueva posibilidad que sí se incorpore una nueva parte, aun cuando ya tengamos un tribunal constituido.

El consentimiento aquí ya no va a quedar en las partes porque, obviamente, eso es lo que se quiere evitar, la decisión va a ser del tribunal. Está sujeto al tribunal, a la discreción del tribunal, pero depende también de algunas condiciones como es la voluntad de la parte que se va a incorporar. La parte adicional es la que tiene que aceptar, no solamente que la incorporen, tiene que aceptar, además, dos situaciones: el tema de la constitución del tribunal, es decir, no cuestionar la conformación, y el acta de misión donde se fijan las reglas básicas del arbitraje. De esto se desprende que la parte adicional ingresa a un caso no a entorpecerlo, sino porque es necesaria su intervención. Entonces, acá el tribunal tiene que hacer un balance entre necesidad y eficiencia.

Si bien es cierto esta regla busca eficiencia, solucionar los problemas que comenté al inicio, también se vale del tema de la flexibilidad, porque incorpora esta nueva posibilidad que ya no está sujeta a la voluntad de las partes, tiene que haber una suerte de balance entre si es necesaria la intervención de esta parte adicional y lo que puede ocurrir con el proceso.

¿Qué es lo que debe tener en cuenta el tribunal para determinar que es necesario incorporar a alguien más en el arbitraje? Como primera circunstancia relevante vemos que el tribunal tiene que hacer un test de jurisdicción *prima facie*, y acá hay un tema. Ya el tribunal tenía estas facultades para otros, pero en este caso no se ha establecido, por ejemplo, si el tribunal va a seguir el mismo criterio que tiene que seguir la Corte, que me parece está regulado en el artículo 6. Se señala que es una circunstancia que debe tener en consideración. Hacer un análisis preliminar que a esta parte adicional también le alcanza, obviamente, la competencia del tribunal, de lo contrario no podría ser incorporada de ninguna manera.

Esto no impide que luego, ante un planteamiento contra esta de objeción a la jurisdicción —o como se lo quiera llamar— contra esta parte adicional, el tribunal tome una decisión al respecto. Pero, preliminarmente, para decidir su incorporación tiene que hacer un test de jurisdicción, luego tiene que considerar el momento de la incorporación.

Esta circunstancia no se especifica, pero se entiende que tiene que ver con la oportunidad en la que se hace. También debe estar relacionada con otras circunstancias como el impacto de la incorporación en el procedimiento. Y es lógico, no se quiere incorporar una parte para que entorpezca el proceso o lo vuelva a foja cero, se debe tener en consideración en qué momento se hace y qué impacto puede tener. Por ejemplo, este tema de jurisdicción podría tener un impacto porque si a raíz de la incorporación de una parte se genera un tema de jurisdicción que no había con las otras partes en el proceso, obviamente, esto va a requerir un tiempo adicional. Otra circunstancia relevante a tener en consideración por parte del tribunal son los posibles conflictos de intereses, tenemos a una parte adicional ya teniendo un tribunal instalado con todo, establecido y saneado, y podría darse la situación de que al entrar esta parte adicional se generen conflictos de intereses que no había con las otras partes. Y eso también tiene que ser analizado por el tribunal.

Estas circunstancias o cómo se tiene que hacer el análisis, obviamente, no están en detalle porque, por ejemplo, no se detalla si se tiene que pedir alguna información adicional a la parte ingresante para evaluar este tipo de posibles conflictos de intereses. Pero, seguramente, con la práctica se van a ir dando situaciones que permitan dar respuestas a estas posibles situaciones. Lo que a mí me parece relevante de este cambio es la solución a una situación en la que nos encontrábamos frente a casos muy complejos.

Como mencionaba al inicio, no necesariamente esto va a solucionar todos los problemas, seguramente se van a generar otras situaciones, por ejemplo, ya que es una total discreción del tribunal, ¿qué pasa si este decide no aceptar la incorporación de esta parte adicional, quién es el que tiene derecho a cuestionar esa decisión? ¿Si la parte aún no ha sido incorporada, va a tener derecho a cuestionar la decisión de no incorporarla? Seguramente, esto va a generar otras situaciones, pero va de la mano con las reglas que la CCI ha incorporado en aras de la eficiencia del arbitraje, sobre todo de casos complejos y va de la mano también con otra regla que se ha agregado que prevé que ahora también se puedan consolidar arbitrajes que no solamente nazcan de un convenio arbitral, sino de varios convenios en la medida que estén vinculados por la misma relación jurídica.

Entonces, creo que este es un paso más para resolver la problemática de los casos multiparte, multicontrato que, en la práctica, dejan bastante por reflexionar. Creo que los ejemplos no se van a agotar y, más bien, vamos a tener la oportunidad de usar esta herramienta para hacer el arbitraje más eficiente.

En el plano local esto es nuevo. Nosotros seguimos con la regla anterior. Mejor dicho, la regla actual en el plano local es que se requiere el consentimiento de las partes si es que ya hay tribunal constituido. Habrá que evaluar en nuestro arbitraje la necesidad o no de incorporar este tipo de reglas. Pero, ya el camino está trazado y creo que va a ameritar

bastante discusión y análisis de parte de todos los que estamos en el arbitraje.

Muchas gracias.

Flavio Javier Lazo Vargas: Muchas gracias.

PANEL IV: DEBATE COMPARADO: CONSTRUCCIÓN Y SUS COMPLICACIONES EN LA EJECUCIÓN

*Irma Rivera*¹ (Colombia)

*Francisco González de Cosío*² (México)

*Juan Eduardo Figueroa*³ (Chile)

*Bernardo Wayar*⁴ (Bolivia)

*Alex Campos*⁵ (Perú)

-
- ¹ Graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda y el Programa de Postgrado y Métodos Alternos de Solución de Conflictos y Estrategia de Negocios del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Es socia de Brigard & Urrutia, líder del equipo de litigios y arbitraje e insolvencia, así como el equipo de seguros y reaseguros. Adicionalmente, está a cargo del programa de valor compartido de la firma. Tiene más de veintidós años de experiencia ha asesorado a clientes nacionales y extranjeros de complejos litigios ante la jurisdicción ordinaria y en tribunales de arbitraje.
 - ² Árbitro internacional. Es autor del libro *Arbitraje*. Es maestro de arbitraje en la Escuela Libre de Derecho.
 - ³ Magíster en Derecho Internacional. Exintegrante de la Corte Suprema de Chile. Director de la Sociedad Chilena de Derecho de la Construcción y socio del Estudio Jurídico Figueroa Illanes Huidobro & Salamanca.
 - ⁴ Máster en Resolución de Disputas Internacionales por la Universidad de Ginebra y el Instituto de Altos Estudios Internacionales. Socio de Wayar & Von Borries Abogados.
 - ⁵ Abogado, socio de Campos Arbitraje e Infraestructura y máster en Derecho por la Universidad de Nueva York.

Karina Zambrano Blanco: Este panel se llama «Construcción y sus complicaciones en la ejecución», con expositores de distintos países.

Irma Rivera Ramírez: En este panel tenemos representantes latinoamericanos, de México, Chile, Bolivia, Perú, lo que nos permite tener una visión de 360 grados de lo que va pasando en nuestros países en temas de construcción, cómo esos conflictos están siendo resueltos, cómo estamos aprendiendo a resolverlos en un mundo que cambió rápidamente, pero que, adicionalmente, nos ha dado nuevas oportunidades.

Para este panel tenemos una pregunta general: ¿cuáles son las experiencias y los aprendizajes que han tenido durante esta nueva época de la COVID-19, cuando se han presentado conflictos relacionados con temas en construcción? ¿Qué hemos aprendido, qué ha cambiado, cómo lo han visto? Me gustaría iniciar por el doctor Francisco, ¿cómo lo ha visto, doctor?

Francisco González de Cossío: Gracias, Irma. Llevo algunos días pensando cómo presentar esta pregunta.

Quisiera plantearla de esta manera, estamos viviendo de nuevo lo que en filosofía llaman un gran debate. ¿A qué me refiero con eso? Hay ciertos temas que la filosofía enseña nunca se van a agotar. Siempre los tendremos y volveremos a tener porque su contenido es tan rico que es necesario que cada generación los vuelva a sostener. Es el debate *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, y para ello me gustaría un comentario procesal, un comentario sustantivo y revelar que el ángulo que seguiré es tanto de árbitro como de representante de partes y asesor. Destaco esto por lo que he vivido como árbitro, con varios casos en materias distintas, algunos pendientes, entonces en algunas ocasiones tendré un cierto nivel de generalidad por motivos obvios, pero que no restan a la

reflexión; otra es como representante en casos en donde soy un férreo creyente que no solo no es negativo actuar como árbitro o como abogado de parte, sino que hay un enriquecimiento cruzado de ambas capacidades porque cada uno de los perfiles tienen una serie de lecciones que sirven mutuamente y es parte de lo que ha nutrido esta reflexión. Y, por último, como asesor, como todos ustedes, seguramente, en el último año lo que hemos vivido es una enorme cantidad de consultorías en áreas distintas sobre el impacto que la covid tiene en relaciones jurídicas distintas.

Eso es lo que explica que perfile la presentación de esta manera. Detecto tres cosas que quiero compartir. La primera es una enorme cantidad de simpatía, inclusive, empatía. Yo creo que procesalmente estamos muchos árbitros siendo extremadamente —posiblemente, en demasía— flexibles y comprensivos. La cantidad de cosas, incidentes, peticiones, tiempo adicional, incluso algunas peticiones extrañas sobre cómo manejar la covid a la luz de las peculiaridades de cada una de las partes. Procesalmente, tenemos como medio legal internacional una predisposición favor de obsequiar peticiones procesales, inclusive, las cuestionables, las criticables, por el sencillo hecho de que preferimos errar del lado de «démolos más tiempo a las partes».

Podría uno pensar, de primera impresión, que es un caso adicional de *due process paranoia*, algo que pasa con cierta regularidad. A algunos árbitros les tiembla muy fácilmente la mano con temas procesales, pero lo que creo que hay aquí es algo dramático, tan impactante en nuestra sociedad: lo que ha habido es comprensión, y estoy seguro de que les ha pasado también a ustedes. Pero hay casos que han continuado con toda velocidad desde que se han mudado al medio virtual y casos que se han estancado por completo.

Yo recuerdo un caso *ad hoc* en el cual les preguntamos con cierta regularidad a las partes si no quieren que lo reanudemos y nos dicen invariablemente las dos: «No. Es que queremos y le damos mucho valor

a las partes en vernos físicamente. Entonces, aunque tome un año más, nos esperaremos». Dentro de esos dos extremos veo una cantidad enorme de casos particulares distintos, desde los tuvieron mucho tiempo de aletargamiento hasta que lo que sucedió fue decir «necesitamos retomar». Pero, genéricamente, de parte de los árbitros, lo que observo es una enorme cantidad de flexibilidad motivada por una empatía.

Quisiera hablar brevemente de fuerza mayor, de conceptos vecinos y las consecuencias. Observo que aunque todos vamos a estar genéricamente de acuerdo en que es *vis major*, las tres íes: imposible, imprevisible o irresistible, con matices, muchos derechos distintos, muchos contratos, muchos regímenes contemplan cuestiones adicionales, pero parece que el núcleo duro es ese. Y sobre eso, fuerza mayor es uno de esos conceptos que es muy litigado, pero parece que infrecuentemente lo grado.

Aquí yo tengo una primera cuestión sobre la cual me gustará conocer la opinión de mis demás colegas.

Pero además de la fuerza mayor, hay una serie de conceptos vecinos, como son la excesiva onerosidad superveniente que algunos regímenes tienen —como Perú, Francia, Italia—; la modificación equitativa que tiene México; la imposibilidad que tiene Francia; la impracticabilidad y *commercial impracticability*, que son cosas distintas, tienen un régimen peculiar; *hardship*, que está en la Unidroit; y en otros regímenes y derechos, por ejemplo, Estados Unidos y sus distintos estados; imprevisión en Francia; y frustración en Reino Unido.

Lo que observo es que son formas distintas de aproximar el fenómeno *vis major*, una fuerza imprevisible e insuperable que hace más difícil, si no imposible. Ahí he aprendido que esto es un *continuum* de conceptos jurídicos que, a veces más, a veces menos, exigen de la parte que lo pide, y que tienen distintas consecuencias jurídicas, mientras que algunas permiten «terminación» o «rescisión», como es el caso de Argelia

y Egipto, algunos, simplemente, te liberan de responsabilidad por no cumplir, pero la obligación jurídica permanece, como es el caso de México, Alemania o Países Bajos. En otros se extingue la obligación, como es el caso de Italia, suspensión que ocurre bajo este artículo en Francia (1218 CC), y el derecho a renegociar, que se ve también en esta disposición en Francia (1195 CC), y en muchos contratos, especialmente, contratos de largo plazo.

Esta discusión me recuerda aquella iniciativa que se hizo hace, aproximadamente, cinco años en el seno de la Unidroit para revisar la conveniencia de incluir un concepto jurídico nuevo, los *long-term contracts*. Entender el contrato de una manera muy distinta, en ciertos casos, cuando tiene una duración que excede cierto umbral, no podemos exigirle tanto rigor *pacta sunt servanda*, sino inclinarnos más por *rebus sic stantibus*.

Me interesará mucho conocer la opinión de los demás.

Irma Rivera Ramírez: De la intervención que acabas de realizar, hay dos temas que me llaman la atención: esta apreciación y el análisis que haces de cada sentencia y la forma en que los árbitros se aproximan a todos los temas, algo que tú llamabas «empatía», y cómo esa empatía, cuando estamos hablando de un tribunal de arbitraje, se refleja en esas decisiones que ese tribunal va tomando a lo largo del trámite. Pero, adicionalmente, mencionas un término bastante importante en estas épocas y que, posiblemente, vamos a volver a él: fuerza mayor. Cómo se está interpretando la fuerza mayor en estos tiempos de la covid. Me encantaría escuchar al doctor Figueroa, con relación a este tema y qué experiencias y aprendizajes hemos tenido en temas de construcción en época de la covid.

Juan Eduardo Figueroa: Muchas gracias.

La última pandemia universal que tuvimos fue la fiebre española hace más de cien años. Hoy la pandemia ha tenido un efecto aún más devastador de lo que fue la fiebre española, de modo de que ningún abogado que redactó un contrato de construcción sospechaba de la situación que podía plantearse frente a la covid, y normalmente me ha tocado verlo como árbitro, los contratos son insuficientes para solucionar esta controversia porque la forma de distribuir los riesgos no está pensada en una situación tan extraordinaria como la que tenemos.

Tal como explicaba Francisco, los institutos de la fuerza mayor, el *hardship*, buscan dar una solución en esto, pero el tema es bastante más complejo de lo que uno se imagina.

La realidad es que tratándose de la fuerza mayor, que se funda en la posibilidad, se supone que prueben que hubo un impedimento, ya sea temporal o permanente, que cumpla con todas las características que nos explicaba Francisco y, en mi experiencia, es muy infrecuente lograrlo. Es muy difícil probar en un juicio o en un arbitraje la fuerza mayor.

Recuerdo en este momento un arbitraje ICC que tuve hace un par de años en que se alegó la fuerza mayor. Era la construcción de una planta de biocombustible en el norte de Argentina en que el principal insumo con la construcción era el acero y el precio del acero subió mucho en Argentina porque se establecieron aranceles muy altos. Se alegó la fuerza mayor, pero, en definitiva, en el tribunal la rechazamos porque la sola circunstancia de que subiera el precio del acero estimamos que no era una situación ni tan extraordinaria ni tan irresistible, por mucho que encarecía enormemente el precio del contrato.

Ahora, volviendo a lo que estamos, me gustaría poder comentarles algunas experiencias de lo que hemos estado viviendo en Chile de cómo se ha estado enfrentando el problema en los contratos de construcción, a raíz de las paralizaciones de obra.

En primer lugar, lo que he podido observar es que las partes, en general, han tratado de ocupar instancias colaborativas antes de ir al arbitraje, se han gatillado muchos procesos de mediación y ha existido un espíritu colaborativo en las partes para sincerar en forma temprana los problemas. Dentro de eso también —al menos, en Chile— ha existido una colaboración importante del sector gubernamental en el sentido de paralizar lo menos posible, y para eso, por ejemplo, la Cámara Chilena de Construcción estableció un protocolo sanitario que implica que se cumpla esa regla, que a pesar de la cuarentena y de las restricciones puedan seguir operando, así se han restablecido muchas construcciones que estuvieron algunos meses paralizadas.

La discusión de fondo viene, especialmente, en el tema de las ampliaciones de plazo y quién asume los costos, y para esto creo que hay que distinguir entre la contratación pública y la contratación privada.

Tratándose de la contratación pública, normalmente, lo que me ha tocado ver es que se invoca la pérdida del equilibrio económico financiero del contrato, como una contrapartida a la facultad exorbitante que, normalmente, tiene el Estado y/o su variante, y partiendo de este supuesto, el Estado tiene la obligación de reparar si hay una ruptura de este equilibrio económico para evitar un sacrificio especial del contratista.

En Chile tenemos actualmente un proceso que se está iniciando, pero que es muy relevante, en que se está discutiendo la concesión del aeropuerto de Santiago. Y aquí hubo una obra importante de ampliación del aeropuerto y con motivo de la cuarentena el aeropuerto ha estado con un bajo nivel de ocupación, significando que se inicie un arbitraje en contra del Estado para pedir que se le indemnice por los menores ingresos que ha producido el aeropuerto ampliándose el plazo de la concesión, y esta es una clara demostración que se está invocando la pérdida del equilibrio económico financiero.

¿Qué es lo que está pasando en Chile en la contratación privada? Aquí, como árbitro, me ha tocado ver que se han iniciado procesos en que se invoca la existencia de hechos sobrevinientes extraordinarios e imprevisibles. La buena fe contractual está atrás de crear una renegociación del contrato o modificar el contrato, especialmente, en cuanto a las ampliaciones de plazo y a la asunción de los gastos generales.

En este aspecto, dado que en la contratación privada no existen las reglas, al menos en Chile el contrato de construcción privado tiene una regulación mínima en el Código Civil, pero queda entregado lo que las partes hayan acordado, entonces es muy importante cómo se haya regulado el tema.

Naturalmente que la covid nadie la había regulado. Ahora, en los contratos nuevos que se están haciendo, normalmente, se establece un mecanismo de distribución de riesgo y seguro para cierta eventualidad; pero un poco siguiendo a lo que planteaba Francisco, mi impresión como árbitro es que esta pandemia ha golpeado fuertemente a todos, ya que por muy espectador neutral o imparcial que los árbitros tenemos que ser, también estamos inmersos en la realidad.

Comparto la idea, y es lo que me ha tocado ver también, que en los arbitrajes ha existido mucho mayor flexibilidad de parte de los árbitros en aspectos procesales para buscar soluciones y por eso es que, por ejemplo, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago está ofreciendo el servicio de mediación gratuito, en que solo se cobra la hora del mediador, pero no cobran una tasa de administración del centro de arbitraje, dentro de la idea de promover estos mecanismos de solución alternativa, de modo me parece muy interesante todo lo que estamos viviendo, y es un tema en el que hay muchas preguntas con respuestas pendientes. Probar la fuerza mayor o probar esta situación extraordinaria, cuando se invoca la teoría de la imprevisión, es difícil y en la gran mayoría de los casos, si uno ve históricamente situaciones

quizás no tan graves como la pandemia, pero, en general, los casos en que se ha acogido la fuerza mayor son excepcionales.

Irma Rivera Ramírez: Muchísimas gracias. De su intervención, doctor, queda claro que el derecho es una ciencia social que cambia y evoluciona. En el caso de la covid, impulsó un cambio muy rápido y nos hizo ver que no todo está perfectamente desarrollado y detallado en los contratos, que las partes, en momentos de tensión, posiblemente, acuden a aquellos mecanismos de resolución de conflictos de forma directa y que, al final, todas estas figuras jurídicas se irán ajustando y, posiblemente, estableciéndose los alcances a través de reformas legislativas o decisiones que se den a través de los tribunales de arbitraje o de la rama judicial.

Bernardo, por favor, nos encantaría saber qué piensas de lo que está pasando y qué has aprendido.

Bernardo Wayar Ocampo: Muchas gracias.

Quisiera compartir con ustedes, de forma general, algunos aspectos e incorporar algunas experiencias que he tenido o visto que muestran, justamente, la complejidad de la covid en el área de la construcción y cómo este tipo de disputas no podían ser previstas y van a generar bastante derecho.

La pandemia ha tenido efectos importantes en todo el mundo, en general, y en materia contractual ha generado efectos de relevancia jurídica. En el mundo de la construcción, dentro de todos los posibles efectos que podía haber generado, al menos en Bolivia —y creo que esto es en el mundo entero— ha generado dos tipos de disputas generales con relación a, primero, el incumplimiento o retraso en el cumplimiento de los hitos contractuales; y, segundo, al incremento de los costos. Básicamente, todas las disputas tienen relación con eso, por imposibilidad sobreenvenida.

En general, entendemos esa imposibilidad sobrevenida como fuerza mayor, en otras legislaciones también lo tienes como caso fortuito. En Bolivia entendemos que la fuerza mayor es aquella circunstancia imprevisible e inevitable que altera las condiciones de una obligación. Hasta ahí estamos de acuerdo. ¿A dónde acudimos para saber si concurre la fuerza mayor? Primero, al contrato. Usualmente, en los contratos que se suscriben en Bolivia o que nos ha tocado ver no existe una explicación o detalles sobre cómo se va a regular esa fuerza mayor. Entonces se ha dejado al arbitrio de los adjudicadores qué puede definirse como fuerza mayor, cuándo se aplica y cuándo no, evidentemente, con el uso de la doctrina y de la jurisprudencia en el derecho comparado, pero, en general, también ha habido mucha flexibilidad y creación de nuevo derecho.

Como les digo, no ha existido una definición, pero sí hay una cláusula bastante interesante, sobre todo en aquellos contratos con partes estatales en las que se determina que si ocurre la fuerza mayor, una parte no debe esa obligación o mientras exista esa imposibilidad, el deudor no responde por el retraso en el cumplimiento; pero en algunas cláusulas se incorpora una limitación y se dice que para que exista y se acepte o para que opere la fuerza mayor se requiere la aceptación por parte del acreedor o del contratante.

Aquí han surgido bastantes disputas porque muchos contratantes, para tratar de escaparse y no pagar costos adicionales o no aceptar algunos retrasos, han pensado: «tengo la posibilidad de aceptar si es que ha operado la fuerza mayor, de acuerdo al contrato, por lo tanto, no acepto o no creo razonable, o tú deberías haber sabido que iba a haber la pandemia y que iba a haber cuarentena. Esto existe de noviembre a diciembre en China, en Bolivia recién hemos entrado en cuarentena a finales de marzo o comienzos de abril, por lo que deberías haber realizado varias actuaciones para mitigar los posibles daños. Por lo tanto, no acepto la fuerza mayor».

¿Realmente así lo han tomado los tribunales? No. Justamente, la facultad que tiene una de las partes de aceptar la fuerza mayor no es absoluta. Y esa aceptación o denegación tiene que ser razonada y razonable. Eso ha sido un aspecto bastante importante que nos ha tocado ver.

¿Dónde podemos acudir para ver si concurre la fuerza mayor? Como les decía, no hay gran legislación en Bolivia al respecto, simplemente, tenemos los artículos 379 y 380 del Código Civil. El 379 establece que la obligación se extingue cuando la prestación se hace imposible definitivamente. Y en la imposibilidad temporal se establece que el deudor no responde por el retraso en el cumplimiento mientras ello perdura. Esto parece bastante sencillo, pero hay que ver qué conflictos se han suscitado y si pueden ser resueltos de manera tan sencilla, lo cual no es así.

En Bolivia, a través de la Ley 1293 del 2020 se determina la cuarentena y se empiezan a aplicar medidas que imposibilitan o impiden la continuación de los trabajos. Se aprueba en algún momento el teletrabajo, y luego, paulatinamente, conforme los Estados han ido combatiendo la pandemia, se han ido reiniciando las labores, pero no de forma normal. 1) se ha requerido las adopciones de medidas de bioseguridad; 2) se ha requerido el cumplimiento de ciertos protocolos, y en el caso de la construcción no se retrasó bastante su reinicio y estos protocolos establecían que no todo el personal debía trabajar. Primer conflicto razonable: existe menos gente, hay mayor lentitud en la realización de la obra; y, obviamente, no puede concluirse en el plazo establecido, entendiéndose que se suspende el tiempo en el que se dictó la cuarentena.

Pero aquí han surgido algunos conflictos y posiciones bastantes creativas por parte de los contratantes que manifestaban que en algunos casos tenían que contar con la mitad de la cantidad de obreros que, normalmente, deberían haber trabajado doble turno o debería haberse realizado mayor inversión. En la mayoría de los casos este tipo de argumentos no ha sido aceptado.

Existe otro tipo de conflicto que se ha generado en aquellos contratos en los que el contratista ya se encontraba retrasado. Por regla general, aquellas partes que se encuentran en incumplimiento no pueden alegar fuerza mayor. Ahora bien, ¿esa regla es o puede ser absoluta? ¿Qué sucede si un contratista se encontraba retrasado un mes, luego llega la pandemia y no puede trabajar durante ocho meses? ¿Será que van a cobrar multa por los nueve meses? ¿O los ocho meses que se retrasó y el mes que sí me encontraba retrasado? ¿O sería razonable decir que tampoco tienen que cobrar por esa época?

Yo creo que en ese caso esa regla no puede ser absoluta y no ha sido aplicada de forma absoluta. Ahí tiene que evaluarse bien cuál ha sido el efecto del retraso anterior que tenía el contratista para con el contratante. Y, obviamente, esa es una evaluación que ha tenido que realizarse caso por caso.

Otro caso interesante se ha generado cuando el contratante espera que el contratista de la obra termine el trabajo en el mismo plazo establecido. Es decir, si tenías que acabar esto en diez meses, se han suspendido ocho meses y has trabajado dos meses, en lo que queda tienes que acabar.

Pero ¿qué pasa si las condiciones son diferentes? En muchos casos, por ejemplo, en obras en las que se tenían que realizar trabajos de vaciado de cemento o de tierra, entre varios otros trabajos, tienen que realizarse entre los meses de mayo y agosto, que en Bolivia no llueve o llueve muy poco. Pero si se han retomado los trabajos, por ejemplo, en noviembre, a finales de noviembre ingresamos en época de lluvias y, obviamente, se genera mayor dificultad para completar los trabajos. Eso ha generado que lo que tenía que realizarse en tres meses no pueda generarse y terminarse en tres meses.

Hemos visto bastantes casos interesantes en los que el tribunal ha tenido que evaluar cuál ha sido esa imposibilidad y cuál es su efecto, eso

en general en relación con los temas de duración. Luego están los incrementos de los costos, en todo el mundo se ha tenido que invertir en medidas de bioseguridad. ¿Hasta qué punto esas medidas de bioseguridad deben ser cubiertas por el contratista o por el contratante? Es una pregunta muy interesante, pero, por lo general muchos contratantes han aceptado realizar ese pago o han negociado eso con los contratistas. Por ejemplo, el acero se ha incrementado bastante, pero el incremento de los costos en materiales por causa de los fletes o los precios del mercado, por ejemplo, en el caso de los contratos de llave en mano, no ha sido aceptado, pero sí se han aceptado capacitaciones en el personal o algunas medidas o algunas extensiones en los seguros.

Había un caso bastante interesante que se ha presentado, en el que, para mitigar los daños, un contratista que veía cómo se suspendían las actividades en todo el mundo informó al contratante que iba a duplicar la mano de obra e invertir en determinados equipos para acabar antes de que llegase la pandemia a Bolivia. El contratante acepta de forma ambigua. Se termina la obra antes del plazo convenido, antes de que comience la pandemia, pero luego el contratante no ha querido reconocer el incremento de los costos que eso ha generado. Obviamente, eso es un caso excepcional, muy pocas partes han sido tan proactivas o han podido ser tan proactivas en la mitigación de los daños.

Con eso termino mi presentación.

Irma Rivera Ramírez: Gracias, Bernardo. Creo que llama la atención que todo este nuevo derecho se está creando día a día con las decisiones que están tomando los árbitros, pero, adicionalmente, con el componente económico y financiero que tienen esos contratos y su incidencia, y, además, situaciones particulares que acaban afectando a cada uno de nuestros países, dependiendo de lo que es posible o no es posible hacer.

Y ahora llegamos a Perú. Alex, quisiéramos saber qué opinas.

Alex Campos: Gracias, Irma.

Voy a intentar resumir mi posición sobre varias cosas que se han dicho.

Primero, el tema de la covid ha sido un desafío muy grande para todos, para la industria de la construcción, para la industria de infraestructura, pero creo que para los abogados que vemos proyectos, sobre todo, ha sido un gran desafío demostrar que podemos generar valor agregado a los proyectos. Este tema es superimportante porque, normalmente, las partes que suscriben un contrato no tienen la percepción de que los abogados que vemos proyectos podemos generarles valor a los mismos. Es más, la gran mayoría de partes contractuales —que son normalmente ingenieros— o los gerentes de proyecto firman el contrato, lo guardan en su cajón y esperan nunca más tener que sacarlo, porque si sacan el contrato quiere decir que hay problemas y eso es una mala noticia en cualquier proyecto, y hace un año cuando ocurrió el tema de la covid, muchos ingenieros tuvieron que sacar sus contratos y veían que había una cláusula que se llamaba «fuerza mayor», que intuitivamente era la que leían.

Por ahí también había una cláusula llamada «de cambio normativo» que podía resultar algo relevante, pero, básicamente, la primera cláusula que veían era la de fuerza mayor. Cuando la leían decían: «Acá hay un supuesto en el cual hay una suspensión, una imposibilidad, pero temporal, al cumplir la obligación. Si es cierto lo que el Gobierno dice, que esto es una cuarentena de quince días, pueda que sea una cláusula que funcione». Después resulta que no son quince días, que hay nuevas normas biosanitarias y comienzan a ser de más importancia las cláusulas de cambio normativo, y a veces en la asignación de riesgos las cláusulas de cambio normativo dicen exactamente lo contrario que las cláusulas de fuerza mayor. Nos comenzamos a dar cuenta de que la imposibilidad de cumplir la prestación es un evento mucho más complejo y desborda los contratos.

Vienen los clientes hacia los abogados tratando de encontrar soluciones a los problemas y reactivar los contratos. Todos los abogados hacemos el magnífico repaso que ha hecho Francisco con respecto a, más o menos, qué herramientas tenemos para superar, mientras el fenómeno se hace cada día más grande. Estas herramientas parecen cada día más insuficientes, con lo cual, al final, llegamos a un primer escenario de cómo reactivamos proyectos.

En ese primer momento el arbitraje tiene poco que ver, porque si me voy a arbitraje está claro que no se va a reactivar el proyecto. Tenemos claramente un contrato que no es suficiente que, es más, nadie lo pudo haber previsto. Estoy seguro de que a muchos de los que estamos aquí nos ha tocado intentar redactar, un año después, una cláusula de fuerza mayor con cierto temor de que algo se nos pueda estar escapando. El día de hoy la covid es un evento de fuerza mayor. Es imprevisible. Los proyectos se siguen impactando de muchísimas formas, a tal punto que está en juego su propia viabilidad.

Vienen los clientes a decirnos: «No entiendo el contrato, la cláusula de fuerza mayor y si esto es una fuerza mayor o es algo más complejo porque va mucho más allá de lo que hemos pactado. Tampoco el tema del cambio normativo». Y aún tenemos la diferencia el día de hoy, dependiendo si uno mira retrospectivamente, qué medidas tenemos, qué gobierno y qué país. Algunas son fuerza mayor, otras un cambio normativo, otras son algunas cosas diferentes. Y, al final, como primera conclusión, las partes tuvieron que sentarse. Porque tenían dos opciones: o se iban a una controversia —todavía ni siquiera he hablado del arbitraje— o negociaban.

Mi primera experiencia es que las partes han negociado. En el contrato público de NEC Perú hubo una suerte de negociación porque, básicamente, salió una norma en la cual el Estado peruano se autoasignaba el riesgo covid y generaba unas herramientas para intentar medir en el tiempo los impactos, básicamente, una suerte de negociación de bola de

cristal porque estábamos intentando hacer prospectivas, un montón de consecuencias y escenarios, pero que, finalmente, en un primer momento se recondujo por ahí.

En la obra privada lo que ocurrió es que las partes se tuvieron que sentar a hacerse las preguntas básicas sobre la viabilidad del contrato. Independientemente de si hubo fuerza mayor o no, y hay muchos contratos que no lo eran. Pónganse a pensar en obras, por ejemplo, del rubro de hotelería, que recién estaban iniciando. Evidentemente, el propietario ha tenido que reevaluar su viabilidad. Y una vez que se han sentado las partes, han entendido el proyecto de dos formas: la primera, de forma adversarial, cada uno intenta sacar la mejor interpretación posible del contrato en un escenario muy complejo; o han intentado el enfoque colaborativo, que ha terminado dando muchas más herramientas que el enfoque adversarial, porque al centrarse en la mitigación, en una asignación de riesgos, ha comenzado a generar una sana distribución de riesgos. Una vez que el contrato está claro, es todavía viable, las partes han intentado renegociar.

Entonces, decirles que en nuestra experiencia esto se hubiera vuelto mucho más complejo que una fuerza mayor. No lo hemos encontrado adecuadamente regulado en ningún contrato. Más bien hemos encontrado una situación contractual, incluso, contradictoria, y que la solución mayoritaria ha sido negociar, renegociar sobre las bases de un enfoque colaborativo para reactivar el proyecto.

Irma Rivera Ramírez: Muchas gracias. Creo que llama la atención hacia algo que es interesante y, seguramente, vamos a ver nuevas generaciones de contratos en donde se refieran a este tipo de figuras, de manera más simple o más compleja, pero siempre enfocadas a prever situaciones que, posiblemente, le van a dar salida o viabilidad al contrato.

Quisiera volver con Francisco. Cuéntanos tu experiencia acerca de cómo se ha recibido y ha sido tratada la defensa de la fuerza mayor en los casos de arbitraje.

Francisco González de Cossío: En mi exposición quise explicar cómo hay distintas aproximaciones del fenómeno *vis major*, y es recibido en formas diversas por distintos regímenes legales, distintos sistemas judiciales, y en arbitraje tiene por efecto que distintas personas con ese bagaje aproximen este problema y tenga, naturalmente, posturas distintas.

He visto —y no exagero— casos en donde se actualiza, los menos —ahí secundo lo que Juan Eduardo Figueroa mencionó— y casos donde no se logra. He visto casos en donde se plantea como fuerza mayor y otros donde se plantea como excesiva onerosidad superviniente como *hardship*, dependiendo del sistema aplicable.

Entonces, la respuesta a la pregunta que me haces es: depende. Depende de qué dice el derecho aplicable, de qué pactaron las partes, y si tuviera que derivar una constante a esto, es que no puede uno brincar a la conclusión, como a veces percibo —me interesará conocer la opinión de los demás—, que ha habido un reflejo analítico de algunas personas, especialmente, asesores. Veo mucha asesoría que ha invitado a partes a llevar contenciosamente su caso o a renegociar contratos suponiendo que la gravedad de lo que se está viviendo va a automáticamente liberarlos de la obligación, cuando lo que uno encuentra es que los elementos de fuerza mayor son varios extremos de la acción; son rigurosamente aplicados, e inclusive, cuando pueden estar presentes jurídicamente, fácticamente, la cuestión es demostrar que el evento mismo en verdad justifica ese paso. En materia de obras, el gran tema de si existe causalidad, trazabilidad, entre una cuestión argumentada fáctica y el retraso que se aduce es una donde muchos casos perecen.

Entonces, creo que la constante que puede derivarse —y me interesará conocer la opinión de los demás— es, más que el resultado

específico que depende del derecho aplicable y el contrato, la rigurosidad con la cual se va a ver si se reúnen los elementos de la acción, y eso, a veces, genera sorpresas.

Irma Rivera Ramírez: Muchísimas gracias. Quería cerrar un poco lo que entendí de la exposición de Francisco, y es que caso por caso deberá hacerse el análisis para entender si se dan los presupuestos de la acción y si se puede tomar una decisión en el sentido de que a esos árbitros se le requiere que decidan, pues no podría haber una línea general que fuera el patrón para todas las decisiones que se tengan que tomar. Y siguiendo con nuestra línea, a me gustaría preguntarle al doctor Juan Eduardo qué soluciones plantean los contratos Fidic y los principios Unidroit de cara a las alegaciones de sobrecostos por paralización con motivo de la covid en los arbitrajes de construcción.

Juan Eduardo Figueroa Valdés: Gracias, Irma.

Dentro del marco de discusión que estamos llevando, será interesante dar una mirada sobre este tema de los modelos de contrato Fidic y también los principios de Unidroit.

Tratándose de los contratos Fidic, hay un equilibrio ante la norma del *common law* y el *civil law*, y dentro de eso, si uno revisa los contratos Fidic, cuando definen la fuerza mayor dan en forma no taxativa varios ejemplos. Y uno de los ejemplos es, precisamente, el caso de una pandemia, y el contrato Fidic da derecho a una ampliación de plazo y al pago de gastos generales.

Como explicaba Francisco, esto no es un tema que opere en forma automática, tiene que probarse y hay requisitos que deben cumplirse, supone que sea una circunstancia excepcional que esté fuera del control de la parte, que haya una imprevisibilidad razonable, o sea, hay un concepto de razonabilidad de por medio, que sea inevitable también, una inevitabilidad razonable, y que no sea atribuible a la otra parte.

De modo que no basta, por muy excepcional que sea un evento como en el caso de la covid, para que esto sea sinónimo de tener éxito en la invocación de la fuerza mayor. Habría que ver el caso concreto, por ejemplo, cómo impactó, qué medidas tomó la autoridad, qué impidió que la actividad del proyecto de construcción se pudiera desarrollar o no, hay que entrar en un análisis casuístico porque es bastante complejo y la prueba es difícil. Pero creo que es interesante tener a la vista los principios que están recogidos en los contratos Fidic.

Por su parte, en los principios de Unidroit hay una definición de la fuerza mayor y del *hardship* o excesiva onerosidad sobreviniente. Lo interesante es que, en el caso de los principios Unidroit hay jurisprudencia judicial y arbitral en que se puede visitar la página Unilex.info. Hay más de treinta casos de fuerza mayor donde está la jurisprudencia analizada y hay treintaiocho casos de *hardship*.

Estos precedentes, a partir de los principios Unidroit, son interesantes porque pueden servir de analogía para invocarse y ver qué solidez puede tener la alegación de la fuerza mayor o la alegación del *hardship*, de modo que aunque la ley de fondo aplicable sea distinta, siempre tener a la vista estos principios internacionales, y también los del modelo Fidic, pueden dar luces sobre cómo enfrentar la situación y cómo enfocar la prueba frente a un tribunal arbitral.

Irma Rivera Ramírez: Muchísimas gracias, doctor.

Nos queda, para cerrar nuestras intervenciones, el doctor Alex Campos. Doctor, ¿cómo el arbitraje puede revitalizar los proyectos de construcción en cada uno de nuestros países o en el Perú?

Alex Campos: Estoy totalmente de acuerdo en que intentar ir a una confrontación arbitral por un alegato de fuerza mayor por la covid, en realidad, depende mucho del caso y, además, depende mucho de qué

efecto, qué impacto estamos intentando asignarle a la fuerza mayor, cosa para nada sencillo de hacer. Hemos tenido un escenario complejo.

En el Perú, por ejemplo, la norma que se aplica para la industria de la construcción puede variar de una provincia a otra, de un departamento a otro, y eso hace que el impacto de una misma medida o de una misma pandemia podría ser diferente dependiendo de la ubicación.

En ese escenario, yo veo dos cosas en las cuales el arbitraje sí ha sido de mucha utilidad. La primera es de un tema que ya tratamos anteriormente: el árbitro de emergencia. No se puede negar que en un primer momento, cuando nos dimos cuenta que este fenómeno covid no era de dos semanas, sino que tiraba para largo, hubo cierto nerviosismo que llevó, a veces exageradamente, a ejecutar o intentar ejecutar cartas fianza y la verdad es que creo que los árbitros de emergencia han tenido una labor refrigerante, de intentar calmar un poco los ánimos, de tal forma que las partes después podrían reunirse y ver cómo viabilizar el proyecto más allá del nerviosismo y pesimismo iniciales por las consecuencias.

Y en un segundo caso, cuando me ha tocado sentar a negociar sobre los efectos de la covid en algunos contratos, algunas cosas estamos de acuerdo o las negociábamos, y en otras cosas no estábamos de acuerdo y podrían irse a arbitraje, que yo he denominado arbitraje quirúrgico. Es decir, no vamos a discutir todo el contrato o la frustración del contrato o todo el efecto, sino vamos a discutir interpretaciones específicas de cláusulas de asignaciones de riesgos específicas que no son sobre los temas de control. El contrato seguía, el proyecto seguía, pero en algunas cosas que no nos poníamos de acuerdo intentábamos graduar y terminábamos en un tribunal arbitral, a veces bajo mecanismos de arbitraje *express* o bajo mecanismos de pericias vinculantes. Lo que hacíamos era, básicamente, intentar acotar la controversia para viabilizar el contrato. Es algo que se ha visto. Ese arbitraje abiertamente una guerra frontal de todos contra todos, como normalmente es un arbitraje de construcción

—como normalmente son todos los arbitrajes— no iba a reconducir el contrato.

La covid es un fenómeno que sigue vigente y seguirá teniendo efectos. La probanza, la relación causa-efecto entre cada cosa que ocurra, con el efecto y el impacto que le queremos hacer, es superimportante. Fidic tiene asignado ese riesgo claramente, pero ésa no es la regla de los contratos de construcción. La regla, por lo menos, a partir de mi experiencia, es que eso no está tan bien regulado, no está claramente asignado y, por lo tanto, lo que tenemos que hacer es intentar revitalizar los contratos o volverlos viables, obviamente, cuando se puede, básicamente, utilizando mecanismos de negociación y cuando no nos podamos poner de acuerdo en eso, utilizamos algún mecanismo de decisión, de solución de controversias. Mientras más quirúrgico, mejor.

Irma Rivera Ramírez: Queda que esta pandemia no solamente ha servido para pensar en nuevas generaciones de contratos, en darle interpretaciones adicionales diferentes o alternas a las figuras jurídicas que ya existían, también nos ha permitido que ciertos métodos alternos de resolución de conflictos se pongan a tono con lo que está pasando, y crezcan y sean más rápidos.

Tenemos una pregunta del público: ¿qué valoración se da cuando una parte alega la excesiva onerosidad de la prestación como causal para la resolución del contrato en época de pandemia?

Francisco González de Cossío: Yo puedo tomar un primer comentario, sujeto a la visión de los demás.

Depende de qué dice el derecho aplicable, depende de qué dice el contrato, pero como la pregunta está planteada como excesiva onerosidad superviniente, lo que en jurisprudencia hay, distintos países lo tienen, si bien no todos, es que primero debe uno explicar el equilibrio contractual, explicar el evento que ocurrió que desequilibra, según la

parte que lo pide, y cómo el nuevo equilibrio no solo es distinto, sino que es excesivo. Tiene que ser algo que rompa la lógica del contrato.

El estándar suele ser alto y lo que se busca, generalmente, es cerciorar que detrás de esa situación o de esa ocurrencia no se busca barnizar o esconder un incumplimiento contractual.

Alex Campos: Si me permiten adicionar un comentario. El gran problema de alegar excesiva onerosidad de la prestación en un contrato de construcción es que los contratos de construcción están sujetos a muchas variables, a muchos efectos, a muchos impactos, a muchas relaciones de causalidad, y para diferenciar la paja del trigo, qué es y qué no es causado por algo, se requiere una trazabilidad, un registro que, la verdad, pocos contratos tienen. Inclusive, teniéndolos, es muy complicado probarlo porque si solamente para medir impacto de plazo hay diez métodos, cada uno con sus pros y sus contras, y en muchos métodos implican hacer una suposición de la realidad de lo que hubiera pasado si el evento no hubiera ocurrido al revés. Eso es complicado haciéndolo solamente con impacto. Hacerlo para demostrar un desequilibrio sustancial del riesgo económico financiero del contrato es una tarea titánica.

Juan Eduardo Figueroa Valdés: Irma, dentro de la misma línea que explicaba Francisco, me parece que la respuesta va a depender de la ley de fondo aplicable, hay países en que el hecho sobreviniente extraordinario está reconocido como una causal para variar el contrato, mientras hay otros países en que no está reconocido en la legislación. Por ejemplo, en el caso de Chile no hay una norma, pero, excepcionalmente, tribunales arbitrales han acogido el hecho sobreviniente extraordinario fundado en la buena fe contractual, basados en que en un contrato de construcción sí se rompe el equilibrio porque es un contrato conmutativo en que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes, si es una situación muy extraordinaria que rompe esa conmutatividad, podría acogerse. Pero tal como explicaba Alex, la prueba es difícil porque en la dinámica del desarrollo de un proyecto hay muchos factores que pueden

incidir y probar la relación de causalidad, qué impacto produjo este hecho sobreviniente, es difícil. De modo que es un desafío plantearlo y las posibilidades de éxito van a depender de que la prueba sea contundente.

Irma Rivera Ramírez: No me queda más que agradecerles a todos por la atención que nos prestaron. Muy buenas noches.

Karina Zambrano Blanco: Muchas gracias a ustedes. Irma, quería, para cerrar el panel, que me cuentes ¿cómo va la construcción en Colombia?

Irma Rivera Ramírez: Va un poco en la línea de lo que han comentado mis colegas. El año pasado, en temas de arbitraje, se dictaron una serie de medidas que promovieron que el arbitraje no parara y que los conflictos se siguieran resolviendo, hubo un aumento importante en los arreglos directos y en las negociaciones. Considero que en este año realmente se va a saber con más claridad cómo queda la película, confío en que las decisiones que se están tomando a nivel gobierno impulsen al sector construcción.

Karina Zambrano Blanco: Muchas gracias. Excelentes presentaciones.

DÍA 2

ARBITRAJE NACIONAL

PANEL I: MEJORA DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

Algunas sugerencias para el mejor desarrollo del arbitraje en el Perú

Mario Castillo Freyre

Apelación encubierta de laudos como consecuencia del Decreto de Urgencia n.º 020

Manuel Diego Aramburú¹

El fin no justifica los medios. A propósito del Proyecto de Ley n.º 7161-2020, que plantea modificar el DL n.º 1071

Alberto Molero Rentería²

Pensando fuera de la caja: *default arbitration* en Perú

Carlos Diez³

¹ Socio de Aramburú Castañeda Boero Abogados.

² Socio en García Calderón & Abogados.

³ Abogado litigante en materia de arbitraje, en contratación con el Estado, del arbitraje en construcción.

Karina Zambrano Blanco: Vamos a dar inicio al primer panel programado para el día de hoy, y está presente con nosotros el reconocido doctor en Derecho, Mario Castillo Freyre.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querida Karina.

Voy a dar algunas ideas relativas al estado del arbitraje en el Perú. En cierta forma, esta exposición es una especie de estado de la cuestión de aquello que traté el año pasado en el evento de la Asociación Zambrano. En aquella oportunidad mencionaba una serie de problemas que se venían produciendo, algunos de los cuales se siguen arrastrando y otros pueden haberse agudizado. Esto, con cargo de las demás exposiciones que vamos a tener por los distinguidos colegas que me acompañan en el panel esta tarde.

Creo, en primer lugar, que lo que ha venido ocurriendo desde hace dos años en materia de modificaciones a la Ley de Arbitraje, tanto en lo que se refiere a normas que la han modificado como a proyectos de ley, ha generado un clima de inestabilidad con relación al arbitraje que no es bueno. Porque no es bueno cuando una institución se enfrenta a inquietudes o dudas de lo que puede pasar en el futuro, sobre todo si esas dudas tienen relación directa con su estabilidad, con las normas y reglas de juego fundamentales que deben regir en esta materia.

Entonces, la sensación que hemos vivido en los dos últimos años es esa. Creo que el gobierno pasado, del presidente Vizcarra, fue un gobierno que tuvo notables desaciertos en esta materia y que, además, jugó notablemente con la inestabilidad del arbitraje. Yo no sé si de manera consciente o inconsciente, pero, en realidad, estoy seguro de que se le ha hecho mucho daño al arbitraje con estas normas que no voy a entrar a analizar ahora, porque ya han sido analizadas intensamente desde el

año pasado. Lo que quiero subrayar es ese clima de inestabilidad. ¿Qué se ha aprobado, qué se puede aprobar, qué viene? Y, naturalmente, un proceso electoral como el que tenemos a puertas abre más interrogantes con relación al tema.

Es evidente que el tema de la inestabilidad o de la inseguridad en el arbitraje no es privativo de él, sino es común al país, de tal manera que es imposible hablar de la inestabilidad en el arbitraje sin hablar de la inestabilidad del país o de las inquietudes sobre la estabilidad del país en una serie de sectores. Y el jurídico, y dentro del cual está el arbitraje, es, sin duda, uno de los más importantes.

Creo, además, que el Estado está actuando de una manera muy prejuiciosa con el arbitraje. Yo diría que, en algunos casos, convenida. Me explico.

Los procesos arbitrales, naturalmente, siempre se rigen por el tema de la confidencialidad. Yo no soy amigo de la confidencialidad, lo confieso. Tuve una ponencia en un congreso de la Universidad Católica el año 2008 sobre todas las excepciones a la confidencialidad, pero de lo que sí estoy convencido es de que una vez terminado el proceso arbitral las partes no deben salir en la televisión para hablar del resultado del proceso. Y yo he visto en la televisión procuradores que han salido en algunos casos en la televisión y en los diarios, a vanagloriarse de victorias arbitrales o a criticar los resultados de procesos arbitrales.

Para mí es un tema fundamental porque es parte de las reglas del juego. Y parte de las reglas del juego en el arbitraje es ganar o perder y asumir el resultado, no coaccionar de manera indirecta a los tribunales de justicia —me refiero a los arbitrales y a la jurisdicción ordinaria— para los intereses particulares.

Hay una serie de empresas que son objeto de investigación, por ejemplo, las Club de la Construcción y otros casos más. Yo he escuchado

opiniones en medios de comunicación de procuradores públicos señalando que se ha ganado un arbitraje a una empresa del Club de la Construcción y que, por lo tanto, se ha evitado que se le paguen no sé cuántos millones a una empresa corrupta.

Suena lindo, pero, en realidad, en ese arbitraje no se ventilaba la causa del Club de la Construcción, se ventilaba una causa por la cual, seguramente, alguna empresa reclamaba un derecho. Entonces, la tesis debe ser le gané porque tenía razón el Estado, no es que le gané porque era del Club de la Construcción. Entonces, si gané, los árbitros son buenas personas; pero si perdí la lógica es: «Ahí tiene que haber habido fraude». ¿Por qué? Porque quien ganó era del Club de la Construcción. Por lo tanto, el arbitraje yo no lo perdí, me lo han ganado fraudulentamente.

Si esa es la lógica y así se venden los casos en anulación si se pierde por parte del Estado, no tengo ninguna duda de que la Corte Superior va a fallar a favor del Estado porque la tesis es muy clara. Y ese es un gravísimo problema para el arbitraje que de una manera u otra no solo condiciona a los árbitros, sino que puede condicionar a los centros de arbitraje.

No es un tema menor ni anecdótico. Es un tema fundamental porque, de lo contrario, lo que tendría que hacer el Estado, dentro de esta lógica, es decir: «Con las empresas cuestionadas yo no arbitro, por corruptas» —no sé bajo qué argumento legal, porque no lo habría—. Y la Corte Superior también tendría que decir «Yo no conozco recursos de anulación de ellos porque, de hecho, si ganan, los va a declarar fundados. Mejor que ni vengan». Entonces, si esa es la lógica, en esos supuestos el arbitraje termina siendo solamente una apariencia de administración de justicia. La administración de justicia verdadera en la justicia ordinaria, y la justicia arbitral tiene que ser una donde gane el que tiene la razón y pierda el que no la tiene, sea quien sea. Y yo veo que se está manejando de manera muy maniquea. No es correcto ese proceder.

Creo que debería haber una reflexión de los centros de arbitraje, de las partes y de la procuraduría en ese sentido. De lo contrario, ¿para qué arbitraje del Estado?

Otro tema que me preocupa bastante es el de la proliferación de centros de arbitraje.

Quiero formular una reflexión y un consejo en el sentido siguiente: si ya formaste un centro de arbitraje, eso significa que a partir de ahí, seguramente, has promovido que instituciones, qué sé yo, el Estado, particulares, adopten el convenio arbitral modelo de tu centro de arbitraje a efectos de que si tienen un problema, vayan a tu centro de arbitraje. Eso significa que desde que has empezado a promover tu convenio arbitral modelo tienes que estar preparado para cuando te llegue tu primer arbitraje, y no cuando te llegue tu primer arbitraje no exista órgano administrativo, sino nominalmente —me refiero al equivalente a corte de arbitraje o consejo superior de arbitraje— y que la persona que sea el secretario, que a la vez, normalmente, es el secretario general, no tenga la menor idea del oficio.

En algunos casos, los tribunales nombrados al amparo de convenios arbitrales institucionales de esos centros de arbitraje terminan aconsejando al pobre chico que está de secretario general y de secretario del caso, porque no tiene la menor idea de lo que es el arbitraje, y también aconsejando al centro de arbitraje para proceder de alguna manera decente. Decente me refiero no en materia de corrección de fondo, sino formal, esto tienes que hacerlo así, se tiene que correr traslado, la recusación significa esto y esto no es recusación.

O sea, esas cosas tienen que preverlas, ya que ahora no necesitamos siquiera un local, dado el arbitraje virtual, por lo menos, consíguete alguien que sepa de la materia porque de lo contrario vas a dar muy mala imagen y, sin duda, lo que hayas estado ganando antes de que llegue tu

primer arbitraje, lo vas a perder a partir de que haya llegado tu primer arbitraje.

Es un consejo porque, la verdad, han proliferado muchos centros de arbitraje, lo que me parece bien, la competencia es buena, pero tienen que tomar esas precauciones. De lo contrario son simplemente cascarnes, fachadas. Y eso, evidentemente, no debe ser.

En realidad, si tanto se ha criticado el arbitraje *ad hoc*, a mi juicio, de manera interesada e injusta en los ejemplos que les estoy poniendo, ¿cuál es la diferencia entre ese arbitraje institucional y un mal arbitraje *ad hoc*? Yo diría que ninguna; al contrario, hay una diferencia administrativa en negativo, y es que tengo que pasar por una maraña administrativa de una institución que solo existe nominalmente para llevar adelante un arbitraje que no sabe cómo llevar. En el *ad hoc* si el secretario no salió bueno, se le cambia, lo que no se puede hacer necesariamente en una institución arbitral. Por lo menos, digamos, habrá que seguir determinados trámites administrativos.

Mencionar los problemas que está ocasionando el Registro Nacional de Árbitros del OSCE - RNA para el nombramiento de los árbitros. Y, naturalmente, debería preocuparse el Estado porque la gente no haga enormes colas para inscribirse en el RNA. O sea, algo debe estar fallando allá.

Además, el Estado con listas pequeñas de árbitros está condenando a que los árbitros nombrados sean recusados con frecuencia porque los nombramientos reiterados de determinados árbitros por determinadas instituciones, sin duda, van a merecer la recusación por parte de las empresas que estén litigando contra el Estado. Y, además, con adecuado criterio en todo lo demás. Y ahí se genera un problema teórico que no existiera si es que se adoptaran criterios diferentes a este respecto de aquellos que se han ido aplicando.

Seguimos con los vicios de siempre. Cada año que expongo en diversos eventos me pongo a pensar: «Bueno, y hace un año cómo era la cosa». Muchos de los defectos y de los vicios en el arbitraje los mantenemos y otros los hemos acrecentado. Creo que deberíamos, en algún momento, en el Perú pensar en eso.

El otro día, en una charla en un centro de arbitraje de otro país, yo decía que a veces me da la impresión sobre la relativa novedad de los *dispute boards*, que hoy son vistos en el Perú como una especie de salvación para muchos casos, porque lo mismo se decía del arbitraje cuando empezó. ¿Por qué esa desilusión? ¿Qué ha pasado? ¿Qué cosa no podemos advertir o qué cosa no podemos mejorar? Mil cosas.

Muchas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Gracias, querido doctor. Le agradezco, por favor, que presente a los integrantes de su panel.

Mario Castillo Freyre: El panel está compuesto por prestigiosos abogados, prestigiosos juristas, el doctor Manuel Diego Aramburú, el doctor Alberto Molero y el doctor Carlos Diez.

En ese orden van a hacer uso de la palabra, de tal manera que, en primer lugar, cederemos el uso de la palabra al doctor Manuel Diego Aramburú, uno de los precursores del arbitraje en nuestro país y muy prestigioso árbitro.

Manuel Diego Aramburú: Gracias. Mario, has dicho que mantenemos los mismos vicios. Yo digo que hemos retrocedido. Y eso ocurre, sobre todo, con los arbitrajes del Estado.

Nosotros fuimos la estrella que había que seguir en el mundo de los arbitrajes. Fuimos los predecesores de este *boom* del arbitraje. El Perú siempre ha tenido leyes de arbitraje muy buenas, siempre a la vanguardia.

Pero, desgraciadamente, la ignorancia es atrevida y hay muchas manos que se han puesto sobre el arbitraje y han pretendido solucionar los problemas de maneras inadecuadas. Y uno de los temas que yo voy a tratar ahora, justamente, una de las soluciones inadecuadas que se dan.

Antes de ello, Mario ha tocado el tema del RNA. Hace poco hubo una conversación donde estaban dos muy prestigiosos abogados, ambos mayores de setenta años, profesores universitarios de todos nosotros. Y yo me preguntaba, y ellos se preguntaban, quién los iba a evaluar. O sea, un examen del RNA para marcar cuadraditos con una persona que te vigila, preguntas capciosas. ¿Van ellos a exponerse? Dijeron, evidentemente, que no. Y por eso es que la lista de árbitros del RNA cada vez se reduce más y cada vez se le va a recusar más a esos árbitros por reiterancia. La razón es que la ética de las personas no se la mide por un examen para marcar, se mide de otra manera.

Enganchando esto con el tema que me toca, voy a hablar de la apelación encubierta que se ha generado como consecuencia del Decreto de Urgencia n.º 20-2020, y es que esta norma modificó una serie de artículos de la Ley de Arbitraje y, entre ellos, el artículo 65, el cual se refiere a las consecuencias de la anulación del laudo arbitral.

Vamos a ver que, en realidad, este artículo que parece una simple modificación, lo que ha hecho es cambiar el sentido de la norma e introducir la apelación en los arbitrajes en los que el Estado es parte. Ha permitido, a través de la vía indirecta, lo que está prohibido de realizar por la vía directa.

¿Cuál es la justificación de esta modificación? Según la exposición de motivos, es para garantizar una mayor transparencia de los arbitrajes con el Estado y evitar actos de corrupción. No obstante, los cambios que han ocurrido acá a través de estas normas no garantizan las calidades

éticas de las personas que actuarán como árbitros y, por tanto, la pulcritud de los arbitrajes que pretenden darle este viso de ética a estos cambios.

La verdad es que esto no se sostiene. La calidad moral y ética de los árbitros no se ve a través de un examen o a través de una norma legal. Esta es la razón de la inmensa responsabilidad que recae en las partes al momento de decidir quiénes serán las personas que integrarán el tribunal arbitral.

Entrando al artículo 65, más allá de que si funcionará, operará o cumplirá su propósito, yo creo que tiene mucho para no funcionar, permite —como señalé hace un rato— que se apele a través del mismo, o sea, permite que se realice lo prohibido. ¿Y qué es lo prohibido? La sustitución de los árbitros luego de haberse declarado la anulación del tribunal. Eso no se podía hacer y ahora, a través de esa figura, un tercero u otros terceros pueden volver a revisar la controversia.

Antes los mismos árbitros debían ver el laudo anulado, pero hoy, cuando se trate de arbitraje del Estado, van a ser otros árbitros los que evalúen la controversia nuevamente y se pronuncien sobre el tema, pese a que estos ya no son los primeros que la analizaron y la motivación que ellos tengan pueda ser completamente distinta.

Pero de esta manera y a través de este artículo se puede también permitir el uso desnaturalizado e indiscriminado de la sustitución de los árbitros o de la recusación de los mismos, ya que si bien es cierto que el laudo está anulado, no necesariamente es una causal de recusación, como lo vamos a ver.

El artículo infelizmente modificado señala que anulado el laudo se procede de la siguiente manera:

En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del o los árbitros que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación.

Fíjense en las palabras, dice: «cualquiera de las partes está facultada para solicitar la sustitución», no dice «sustituir», dice «solicitar», y, en su caso, solicitar la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear la recusación sin admitir norma o pacto en contrario. Por eso es que decía que vamos a ver que, eventualmente, esto puede no funcionar, y ojalá no funcione.

Cuando un laudo es anulado, el arbitraje se retrotrae al momento anterior al vicio que generó la anulación, eso está claro. Pero eso no ha cambiado. La novedad, como he dicho, es que se permite recusar al árbitro que participó en ese arbitraje. Eso quiere decir, entonces, que se permite con esta modificación a las partes solicitar que cambie el árbitro que designaron o recusarlo conjuntamente con los demás árbitros que dictaron este laudo, que es anulado.

En el fondo lo que se está permitiendo es cambiar a la mayoría, si no a todo, el tribunal arbitral sin importar que el artículo 31 de la Ley de Arbitraje, norma que regula la sustitución de los árbitros, solo permite hacerlo cuando se presenten situaciones específicas, es decir, cuando se produce la vacancia y este supuesto únicamente puede darse cuando se declare fundada una recusación, cuando opera la remoción o cuando el árbitro renuncia al cargo.

Ahora se otorga una facultad adicional que está a discreción de las partes, que es pedir la sustitución porque le anularon el laudo al árbitro. Pero, como se puede observar, el artículo no parece estar correctamente redactado porque dice: «solicitar la sustitución».

¿A quién se la solicito? ¿Al mismo árbitro? ¿Al tribunal? ¿A la institución que lo designó? ¿Se le otorga, entonces, un poder al que designó al árbitro para cambiarlo a su discreción? ¿Quiere decir que solamente puede pedirle su renuncia? ¿Importa, acaso, que se pueda exigir a la institución que designó al árbitro que lo cambie? ¿Puede el árbitro o la institución resistirse a la sustitución o, simplemente, no aceptarla?

De hecho que no es claro el artículo. Simplemente, señala que se puede solicitar la sustitución. Pero no se dice cuáles son los mecanismos a utilizar para hacerlo. Por tanto, en lo que respecta a la sustitución propiamente dicha me parece que la redacción no es clara y que solicitar sustituir no es exigir. Pero nos abre una segunda puerta cuando dice que cuando el laudo es anulado «se le puede solicitar la recusación».

Pareciera, entonces, que el artículo usa la recusación como un mecanismo de presión para lograr el apartamiento del árbitro. Entonces, podría querer decir que si el árbitro al que se le pide ser sustituido —y, por tanto, su renuncia— estaría obligado a renunciar.

¿Qué pasa si no lo hace? La norma no lo señala, pero se entiende que si no renuncia ante la solicitud de sustitución, la parte tendrá expedito el derecho a recusarlo. Ahora bien, ¿cuál sería la causal de recusación? No podría ser otra que el rechazo del pedido de sustitución efectuado por una de las partes. Es decir, se habría creado una nueva razón para recusar un árbitro.

En razón a ello, la pregunta sería si procede la recusación bajo la causal de no haber aceptado el dejar el cargo del árbitro. Como es conocido, la Ley de Arbitraje, en el artículo 28 regula cuáles son las causales de recusación y señala que son, básicamente, que el árbitro no cumple las condiciones legales o contractuales para actuar como tal y la inexistencia de imparcialidad o independencia.

Entonces, ¿esto es una causal nueva? ¿Se está modificando la ley de arbitraje? ¿O se considera que aquel árbitro cuyo laudo han anulado no tiene las condiciones necesarias para el cargo?

Entonces, ¿se ha creado una causal de anulación que se llama «laudo anulado»? No lo sé. Si un laudo es anulado, entonces, ¿quiere decir automáticamente que el árbitro no es idóneo? A mí me parece absurdo, pues entonces sería lo mismo concluir que aquel juez al que se le revoca o se le anula una sentencia no tendría las cualidades necesarias para ser juez y, por tanto, se le podría recusar o, lo que es peor, destituir.

Ello claramente es inaceptable, pues puede haber muchas razones y criterios para determinar la revocatoria o la anulación de una resolución y ello no determina la idoneidad de una persona para actuar porque tendría ello que determinar la idoneidad de una persona para ser árbitro.

Entonces, esta modificación a la ley de arbitraje permite a las partes en un arbitraje en los que participa el Estado recusar a los árbitros que emitieron un laudo que fue anulado, creándose esta nueva causal entre comillas: «laudo anulado» exclusiva para arbitrajes en los cuales el Estado es parte.

Sin duda, se abre la ventana para recusar a los árbitros y esta ventana generará, definitivamente, innumerables recusaciones frívolas, ya que en todo arbitraje cuyo laudo es anulado —estamos hablando de arbitrajes en los que participa el Estado— la parte que no estuvo favorecida con el laudo, naturalmente, intentará la recusación del tribunal para intentar una resolución diferente, buscará que sea un tribunal el que conozca nuevamente que fue sometida a este arbitraje y que fue laudado y cuyo laudo fue anulado. Esta situación nos lleva a concluir que lo más probable es que en la mayoría, si no en todos, los arbitrajes en los que el Estado sea parte y cuyo laudo sea anulado, termine siendo recusado.

Ahora bien, si es cierto que se crea esta nueva causal, alguien me podrá decir que no es una apelación, pues, en realidad, el laudo anulado es un laudo inexistente. Es cierto, yo no estoy hablando que es propiamente una apelación, pero se está permitiendo que un nuevo tribunal revise lo que ya fue resuelto por un primer tribunal. Y eso no es sino que un nuevo tribunal, una nueva instancia revise lo que ya fue resuelto. En suma, en mi opinión, es una apelación encubierta como consecuencia de un laudo anulado.

Quisiera ver es qué va a pasar de ahora en adelante, pues si bien se ha abierto la puerta para plantear recusaciones, la norma no señala que el árbitro debe renunciar, simplemente, habla de solicitar recusación. La norma tampoco señala que el árbitro será recusado o será fundada la recusación, señala que se solicitará la recusación; pero si en realidad lo que se puede hacer es solicitar la recusación, aquellos que resuelvan las recusaciones tendrán que revisar si las causales de recusación que están en la ley se han configurado. Y si ese árbitro realmente es recusable — porque la causal no la sé todavía, salvo que fuera una causal objetiva, laudo anulado, que no señala la norma—, entonces, la recusación lo más probable es que termine siendo infundada porque, entonces, también tendría que recusarse a todo aquel juez cuya resolución fue previamente anulada, lo cual es, evidentemente, una situación absurda.

Entonces, como dijo Mario claramente, en vez de avanzar, retrocedemos porque la ley ya lo había zanjado, «en los arbitrajes no se puede apelar», aquí más bien abrimos una puerta a la apelación.

¿Y por qué no se puede apelar? Porque nosotros, en los arbitrajes, elegimos a nuestros propios árbitros y si estamos en la capacidad de elegir al mejor, ¿ante quién vamos a apelar? Si podemos elegir al mejor, al más experto, al que más conoce y en quien confiamos, ¿por qué tendríamos que apelar donde otro? No tiene sentido.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muy interesante exposición, muchas gracias. Vamos a pasar ahora a la exposición del doctor Alberto Molero Rentería.

Alberto Molero Rentería: Gracias, doctor.

Quería compartir con ustedes algunas ideas respecto de un proyecto de modificación, a propósito de la introducción que hizo Mario, respecto de la situación que viene sufriendo el arbitraje en nuestro país.

Empiezo comentándoles que, de hecho, desde que estalló el caso Orellana y más de esta percepción —desde mi punto de vista— equivocada de que el Estado perdía todos los arbitrajes, se encontró la justificación para echarle mano al arbitraje en nuestro país, quizás una modificación no necesaria, pero que se encontró a partir de la premisa de que esas modificaciones iban a servir para mejorar la práctica arbitral nacional.

Como cuestiones previas podemos mencionar que nuestra ley nacional fue modificada a través del Decreto Legislativo n.º 1231, en donde se incorporó, por ejemplo, la incapacidad para ser árbitro cuando este haya tenido una condena penal firme por delito doloso o también la obligación de anotar la existencia del arbitraje en la partida cuando se trate de controversias cuya materia versa sobre hechos inscribibles.

Esta modificación, también para el ámbito de la contratación con el Estado, afectó la ley de arbitraje, el Decreto Legislativo n.º 1017, donde se incorporó, por ejemplo, la exigencia de la especialización acreditada: administrativo, arbitraje, contratación pública o el famoso orden de prelación para la solución de controversias bajo sanción de nulidad de laudo.

Cuando estalla el caso Lava Jato se agudiza esta percepción y nuestros legisladores recurrieron nuevamente a la práctica de legislar, no sé si de manera adecuada o no, pero el año pasado entró en vigencia el

Decreto de Urgencia n.º 020-2020 que trajo una serie de figuras al arbitraje, entre ellas, el abandono, la obligación de constituir una garantía como contracautela cuando un contratista solicita una medida cautelar que podríamos entenderlo, incluso, como una barrera de acceso a la tutela jurisdiccional o la posibilidad de sustituir o recusar al árbitro —como bien mencionaba Manuel Diego—, que desde mi punto de vista puede significar una medida de presión, sin duda, para los árbitros, sobre todo en una coyuntura —como mencionaba el doctor Mario Castillo— y porque últimamente vemos anulaciones de laudo principalmente basadas en la falta de motivación y en todas sus variantes, lo cual, en algunos casos, incluso podríamos discutir si es que se está entrando a analizar el fondo, estos famosos pronunciamientos sin reenvío que estamos viendo cada vez más en el mundo arbitral.

En ese contexto, el 17 de febrero se presenta un proyecto de ley. El proyecto de Ley n.º 7161-2020, que pretende también modificar nuestra ley de arbitraje. Y cuando se revisa la exposición de motivos encontramos que la finalidad propuesta era hacer posible investigaciones penales en el sentido de que es necesario regular la condición del árbitro, sobre todo en arbitrajes nacionales para que en caso exista alguna infracción a la ley puedan estos árbitros ser pasibles de investigaciones con mucha mayor eficacia.

El segundo objetivo de la propuesta es evitar laudos al margen de la ley. De hecho, uno podría pensar que se trata de un espíritu noble que busca mejorar la práctica arbitral, pero luego, cuando uno revisa la exposición de motivos, se cae en la cuenta de qué lo que se busca: que se aplique la legislación nacional, y nuestros legisladores no han encontrado mejor forma que plantear exigencias adicionales a los árbitros cuando se trate de arbitrajes nacionales que tengan que resolverse en derecho, en la exposición de motivos se muestra que la finalidad, en realidad, el único aspecto esencial que se busca es que se conozca la legislación, y en una propuesta de incluir el artículo 4 en nuestro decreto legislativo he recogido algunos extractos que me parece importante mencionar.

El primero de ellos es que «Los arbitrajes nacionales son aquellos que, por su competencia territorial material o por decisión de las partes, se sujetan a las normas del Estado peruano, sea derecho público o privado». Aquí el proyecto hace una conceptualización de lo que es el arbitraje nacional y los clasifica en función a la competencia territorial material y material. Evidentemente, no se toma en cuenta lo señalado por el artículo 5 de nuestro Decreto Legislativo n.º 1071, que establece cuáles son las condiciones para determinar que un arbitraje sea de carácter internacional.

Y el segundo de los supuestos es, precisamente, que el lugar del arbitraje se encuentre situado fuera del Estado en que las partes ostentan sus domicilios. Bajo esta redacción podríamos entender o deducir que un arbitraje llevado, por ejemplo, ante la Cámara de Comercio Internacional o ante el CIETAC, en donde la ley aplicable al fondo del conflicto es la ley nacional, convierte a ese arbitraje en un arbitraje nacional en función a la materia, lo cual, evidentemente, contraviene de hecho las disposiciones del propio decreto legislativo o, incluso, de aquel enunciado del artículo 4, inciso 4 de nuestra Ley de Arbitraje que prevé que el Estado puede llevar adelante arbitrajes nacionales o internacionales dentro o fuera del país. Bajo esta redacción, aparentemente, los arbitrajes llevados en el territorio nacional son arbitrajes nacionales *per se*, y eso, en realidad, no es correcto.

Otra cosa que encuentro en el proyecto de ley que me llamó la atención es que los tribunales arbitrales de derecho de carácter nacional podrán ser integrados por profesionales del derecho nacionales o extranjeros. Y aquí, aparentemente, se pretende asimilar al ámbito de la Ley de Contratación del Estado aquello que ya se ha dispuesto en materia de arbitraje, donde el presidente del tribunal y el árbitro único necesariamente tienen que ser abogados.

Bajo esta propuesta, todos los arbitrajes en donde se tenga que resolver en derecho deben ser resueltos por profesionales del derecho,

es decir, abogados. Y eso contraviene, evidentemente, el artículo 22 inciso 1 de nuestra Ley de Arbitraje, que establece: «En el arbitraje con nacionales que tengan que resolverse en derecho, se requerirá ser abogado, salvo pacto en contrario».

Y aquí es importante tener en cuenta el «salvo pacto en contrario» porque, como bien ha mencionado Manuel Diego en su exposición, son las partes las que se encuentran en mejor condición de saber cuál es la naturaleza de su conflicto y, por lo tanto, la mejor posibilidad de escoger al profesional adecuado para resolver la controversia.

Esto, además, está íntimamente relacionado con la decisión en esta propuesta de que los profesionales en derecho nacionales o extranjeros deben acreditar esa especialización a través de los títulos registrados, revalidados o reconocidos por la Sunedu.

Evidentemente, esto muestra una clara tendencia a preferir árbitros nacionales frente a árbitros extranjeros porque llevar la profesión de derecho ante una universidad nacional hace más fácil el registro ante la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria.

Los árbitros extranjeros que de un tiempo a esta parte ejercen la práctica arbitral en nuestro país con mayor incidencia van a ver con mayores dificultades su actividad arbitral en la medida que es necesario para su validación que el título obtenido en el país de procedencia sea reconocido por la Sunedu.

Pero, además, es importante tomar en cuenta que, aparentemente, nuestros legisladores asimilan el título de abogado al conocimiento pleno de la legislación nacional y eso no es correcto.

Un profesional en el derecho no necesariamente por el solo hecho de obtener un título es un experto en la legislación nacional.

Aparentemente, nuestros legisladores promueven que el profesional del derecho esté catalogado por cuanto más puede producir o repetir una norma determinada o una materia determinada.

De hecho, el profesional del derecho es mucho más que eso o, al menos, se espera mucho más que eso.

Un profesional del derecho no solamente debe conocer aspectos del derecho, sino que, además, debe tener ciertas habilidades y destrezas que permitan, sobre todo en el ámbito arbitral, conocer la controversia, tener un pensamiento crítico de la misma y, a través del recojo de la información y el análisis de la misma resolver la controversia de manera adecuada.

Y eso, evidentemente, no se logra con este proyecto de Ley n.º 7161. Este proyecto, además, hace referencia a los arbitrajes de conciencia, y en su redacción, en buena medida, reproduce lo mismo que utiliza para el arbitraje de derecho.

Y aquí la reflexión que quiero comentarles es que olvida los legisladores o el legislador que, en el arbitraje de conciencia, lo que se busca, básicamente, es que el árbitro pueda resolver la controversia en función a su leal saber y entender, y que muchas veces, y en función a este tipo de arbitraje, la búsqueda de ese árbitro va más allá del título que, básicamente, puede ir en función a la confianza que tienen en esa persona para resolver conflictos o porque esa persona durante el ejercicio de su vida ha mostrado estándares éticos muy arraigados, no necesariamente a través del título y del registro.

Finalmente, ya como cereza del pastel, el proyecto de ley, además, encarga la función de fiscalizar los centros de arbitraje, los centros arbitrales y los tribunales *ad hoc* y les encomienda esta función para que, en el plazo de treinta días, puedan verificar que los arbitrajes en curso,

los árbitros que estén conociendo controversias que deban resolverse en derecho, tengan que cumplir estas exigencias.

Pero si eso no fuera posible, no importa. El proyecto dice que, aun cuando eso no se pueda dar, se entiende que vencido el plazo, si es que no se ha cumplido con la acreditación, el árbitro automáticamente se encontrará removido de su cargo, lo cual es todo un despropósito. Evidentemente, se saltaron la figura de la sustitución, la figura de la recusación, y para nuestros legisladores basta que no se cumpla con ese requisito para que el árbitro no pueda ejercer esa función, olvidándose también que actualmente en arbitrajes de derecho privado, las partes —aun cuando no se cumpla con la exigencia en ese momento— pueden validar la participación del árbitro en determinadas circunstancias.

Para finalizar, creo que este tipo de proyectos nos demuestra, una vez más, que el arbitraje como un medio eficiente de solución de conflictos, y, sobre todo, su dinámica en la práctica arbitral nacional, es muy poco conocido y que, además, a través de este tipo de proyectos podemos ratificar que, sin duda alguna, el fin no justifica los medios.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Alberto.

Como último integrante de este panel vamos a recibir y dar el uso de la palabra el doctor Carlos Diez.

Carlos Diez: Muchas gracias, doctor.

Voy a hablar sobre una propuesta de campaña electoral de uno de los candidatos propone, y cito al pie de la letra lo que dice: «promulgar una ley que determine que las controversias comerciales, cuya cuantía sea superior a diez UIT, se tramiten exclusivamente por la vía arbitral».

Imaginen los efectos que esto podría tener. Diez UIT son 43 mil soles. Este candidato está proponiendo que cualquier controversia que sea superior a los 43 mil soles deberá ser tramitada directamente por arbitraje.

En palabras de este candidato, esta propuesta responde a lo que, cito al pie de la letra su propuesta, «una lentitud en la resolución de los procesos judiciales y administrativos. Esto disminuiría la carga de procesos en el Poder Judicial, haciéndolos más eficientes, rápidos y transparentes».

Sin duda, esta es una propuesta que llama la atención a cualquier persona que esté involucrada en el mundo arbitral, sobre todo para las personas que en algún momento de su vida se han topado o han reflexionado sobre estos ensayos teóricos sobre el *default arbitration*, como un mecanismo idóneo para la resolución de controversias en materia comercial internacional.

Por ello, me resulta extremadamente llamativo que en una campaña peruana uno de los candidatos haya realizado una propuesta como esta. Una curiosidad más de este país, muchas veces bizarro en el sentido anglosajón de la palabra.

Sin embargo, es una buena oportunidad para poner sobre la mesa esta discusión sobre qué tan bueno sería pensar fuera de la caja e imaginarnos por un momento que las controversias comerciales o algún tipo de controversia delimitadas a cierta materia o cuantía sean relevadas del Poder Judicial o sea invertida la regla del *default* de la jurisdicción por *default* al arbitraje.

Claramente, la propuesta del candidato tiene muchos peligros, si es que ese candidato llegara a la presidencia, y si es que esta propuesta no es correctamente discutida e implementada, porque podría ser una oportunidad perdida de una reforma interesante o, simplemente, podríamos

llegar a la conclusión que esta no es la vía más idónea para solucionar el problema de justicia en el país.

Alguna de las principales objeciones que en esta materia se han realizado, al *default arbitration* como un mecanismo idóneo, sobre todo en materia de arbitraje comercial internacional, están vinculadas al consentimiento, no siendo el arbitraje una criatura del consentimiento, de la autonomía de voluntad de las partes, sin duda, esta propuesta sería un quiebre a la noción tradicional del consentimiento.

Claro está que en nuestro país eso no sería una novedad. El más claro ejemplo es el arbitraje de contratación pública. Después de tantos años, siendo este sistema de solución de controversias el sistema por *default* en los contratos suscritos entre un privado y el Estado bajo la normativa de contratación pública, creo que pocos hoy en día se imaginarían que una controversia de obra pública, por ejemplo, con las complejidades que a veces revisten, sea resuelta por el Poder Judicial.

En mi humilde opinión, si el Estado sigue con su política de regular y recortar el arbitraje en esta materia, poco nos va a quedar, de repente, en lo que nos queda de esta década.

Este símil que hago con los arbitrajes de obra pública es un símil que también se ha hecho en otras materias. De hecho, muchos autores que son entusiastas, de repente, del *default arbitration* hacen este símil con el arbitraje de inversión y, de hecho, un caso muy llamativo es el de Gary Born, quien propone algo como los *bilateral arbitration treaties*, que sería, en suma, un tratado entre dos naciones mediante el cual acuerdan que todas las controversias comerciales entre sus nacionales serán resueltas en arbitraje. Y para eso desarrolla todo un esquema en donde, incluso, recomienda cuáles serían las sedes y cuál sería el mecanismo para la designación de los árbitros y, sobre todo, cuáles serían las reglas que funcionarían mejor con ese tipo de controversias. En esta propuesta hace

un símil entre el concepto al que se tendría que recurrir del consentimiento en un arbitraje que sería implementado por defecto, al cual las partes no tendrían que ir salvo pacten, y el arbitraje de inversión, y señala que, precisamente, el consentimiento en este tipo de arbitraje es construido por el tratado, al igual que el consentimiento en el arbitraje de contratación pública está construido por una norma que obliga a las partes a ir a arbitraje.

Así que esta, si bien es una discusión teórica bastante atractiva y bastante curiosa, no sería la primera vez en donde los Estados se hacen un poco los de la vista gorda con respecto a la naturaleza consensual del arbitraje. Y, particularmente, en el Estado peruano el arbitraje de contratación pública lo ha demostrado.

Sin duda, habrá gente que se va a oponer radicalmente a desnaturalizar la figura del consentimiento tradicional y optar por una figura del consentimiento construido, como la que propone Gary Born o José Umbert, pero lo cierto es que en la práctica eso se hace.

Una eventual reforma del sistema de justicia, bajo el paraguas de la propuesta de campaña que ha realizado este candidato, plantea muchos retos porque cuál sería el marco normativo o cuál sería el mecanismo arbitral para resolver el arbitraje por *default*. Pero tampoco creo que sea una discusión muy ajena a nuestra realidad, de hecho si la ley de arbitraje tan moderna que tenemos ha realizado ciertas decisiones hasta cierto punto arbitrarias, pero que son funcionales para el arbitraje en general, la misma situación podría ocurrir con respecto a la designación de árbitros residual o, por ejemplo, a la decisión de si el arbitraje debería ser *ad hoc* o institucional.

Yo creo que el principal problema de esta propuesta de campaña, y que es un problema que realmente necesita de mucha cabeza para solucionarlo, sobre todo nuestra particular realidad, es el acceso a la justicia.

Como lo comentamos al inicio, esta propuesta plantea que todo arbitraje, toda controversia superior a los 43 mil soles sea discutida en un arbitraje por defecto. Entonces, sinceramente, con los precios que se manejan en los centros de arbitraje, esa propuesta quizás pueda chocar con el acceso a la justicia de muchas personas.

Definitivamente, recurrir a arbitraje es la razón por la que la mayoría de las partes incluyen cláusulas arbitrales en sus contratos y quizás una de las únicas razones para no hacerlo es, probablemente, los costos del arbitraje. Entonces, definitivamente, creo que una reforma en ese sentido tendría que sopesar claramente cuál sería el mecanismo por el cual podría el sistema arbitral peruano recibir una masiva cantidad de arbitrajes como la que se produciría si es que se aprueba esta, si es que llega este candidato o a algún otro candidato se le ocurre impulsar una reforma como esta.

Me gustaría reflexionar un poco sobre cuál sería el rol que tendrían los centros de arbitraje y las secretarías *ad hoc*. En este esquema, definitivamente, habría, y creo que si hay un rol que tendríamos que priorizar en un esquema como este, inclusive, en nuestro esquema tal y como lo tenemos, es el de brindar un mejor servicio al cliente a un precio competitivo.

Por eso creo que, definitivamente, la competencia es sana y debe haber competencia entre los centros de arbitraje, definitivamente, con o sin la reforma propuesta por este candidato.

Sobre el servicio que dan los centros de arbitraje, estos tienen que competir por atraer a las partes a suscribir contratos designando la administración de las futuras controversias de ese centro. Respecto a esto, si es que abriéramos el paso a más centros de arbitraje —como lo mencionó el doctor Castillo Freyre en su exposición—, la pregunta es cómo evitar que estos sean cascarones; cómo evitamos que terminen siendo centros de arbitraje chicha; y, nuevamente, creo que la palabrita

mágica es competencia. Y creo que el problema no va tanto por la forma en la que está regulado el arbitraje en el Perú, sino creo que es un poco más la reflexión interna de cuáles son los motivadores de los centros de arbitraje.

Definitivamente, el motivador de los centros de arbitraje en un esquema ideal, en donde la jurisdicción por *default* fuera del arbitraje, debería ser distinto y estar más enfocado en la atención al cliente, en el buen servicio y en el *feedback* posterior a la culminación del arbitraje, no con respecto al tema de fondo del arbitraje, sino a los plazos, las demoras de los secretarios, qué tan caro se volvió el arbitraje por las tácticas dilatorias, qué tan rápido resolvieron los árbitros las cuestiones procesales, qué tanto el *due process paranoia* impactó negativamente en la economía o en el bolsillo de la parte afectada por la parte que tiene prácticas de litigio poco éticas, por ponerle un nombre.

Entonces, ¿estaríamos preparados, realmente, para una situación como esa? Ahora es solo una propuesta de campaña, pero ¿qué pasa si eso avanza o si alguien más lo propone? ¿Realmente el sistema arbitral estaría preparado para recibir tanta gente? Yo lo dudo. Sin perjuicio de simpatizar con la idea teórica, creo que no estaríamos preparados y que hay mucho que hacer, pero más que por cuestiones normativas, por cómo se perciben a sí mismos los centros de arbitraje.

Lo otro que muchas veces es muy preocupante en este tipo de propuestas es la mano del Estado, y creo que el claro ejemplo de esto está en el arbitraje de contratación pública.

Si alguna vez se han dado el trabajo de comparar las normativas o la regulación del arbitraje de contratación pública verán que con los años hay más artículos y, además, complejización, hay más límites. Cada vez que al Estado no le gusta algo que hacen los privados en el arbitraje de contratación pública empieza a podar un poco el espectro de controversias que pueden resolverse a través de esta vía. El caso más

preciso es el de los adicionales de obra, algo completamente inexplicable, pero no se pueden arbitrar.

Y ahora, este Decreto de Urgencia n.º 020-2020 que comentó el doctor Aramburú, virtualmente, prohíbe a los privados obtener medidas cautelares, salvo que presenten una carta fianza del 10 % del monto del contrato. O sea, no me gustan las medidas cautelares y las corto. Entonces, creo que ese paternalismo es algo que también nos podría jugar muy en contra.

Como diría mi buen amigo Carlos Ríos, que tiene un artículo muy interesante sobre este tema, ¿qué pasa si dejamos que los privados limpien su propio desastre o arreglen sus propios dramas?

Yo creo, definitivamente, que es una gran oportunidad que debe ser reflexionada y aterrizada, sobre todo atendiendo las coyunturas muy particulares de este país tan bizarro. Y, de alguna forma, va a quitarle carga procesal al Poder Judicial, que es algo que este poder grita por todos lados.

Entonces, ¿qué pasa si dejamos que los privados arreglen su propio desastre? De repente, no con diez UIT, probemos con un número más alto.

Muchas gracias, doctores.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Carlos.

Vamos a cerrar nuestro panel no sin antes señalar que las reflexiones de mis colegas son muy importantes porque debemos de recoger estas enseñanzas a efectos del progreso del arbitraje. Como decía, Manuel Diego, estamos retrocediendo y notoriamente. Entonces, advertir esto antes de que sea demasiado tarde.

Gracias a todos.

Karina Zambrano Blanco: El arbitraje con el Estado ha sido el mecanismo que nos ha permitido hacernos conocidos en el mundo. Si uno quiere aprender arbitraje, tiene que ir al Perú. Y esta fórmula de arbitrar los contratos con el Estado ha sido muy beneficiosa para el Perú, pero el lado humano es muy importante, como ustedes han dicho.

Sin embargo, si tenemos árbitros que no sabemos cuál va a ser su desempeño en el proceso arbitral, será un riesgo. Si tenemos cientos de arbitrajes que tienen como función resolver conflictos, es una ayuda; pero si tenemos centros de arbitraje que su función es el dinero, no la consecuencia, tenemos muchos problemas.

PANEL II: EL ARBITRAJE Y SUS IMPLICANCIAS

Recusación de los árbitros

*Alberto Montezuma*¹

El principio de flexibilidad en el arbitraje

*María Hilda Becerra*²

Desafíos y retos de las audiencias virtuales en la pospandemia

*Nicolás Hernández Bernal*³

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Actualmente se desempeña como abogado en práctica privada, socio del Estudio Montezuma Abogados. Árbitro y profesor de resolución de conflictos y arbitraje de la Universidad de ESAN y *coach* del equipo de arbitraje de la Universidad ESAN y de la Universidad Nacional de Colombia para las competencias internacionales de arbitraje Cuba, Rosario y Vis Moot Viena. Árbitro profesor *ad hoc* y ante distintos centros de arbitraje. Miembro del Chartered Institute of Arbitrators (CIAR) en Londres, miembro de la American International Commercial Arbitration Court (AICAC), en Delaware, Estados Unidos de América, y miembro de árbitros referidos de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid.

² Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido presidenta del Tribunal de Contrataciones del OSCE, con más de quince años de experiencia en materia arbitral vinculada a contratos públicos y privados. Es docente de posgrado en Arbitraje y Contratación Pública, y Derecho Administrativo y es árbitra en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE. También forma parte de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica y de Amcham.

³ Asociado al Estudio Campos en arbitraje e infraestructura. Abogado por la Universidad Nacional de Colombia, con especialización en arbitraje internacional e inversiones por la American University Washington College of Law. Diploma de negocios internacionales y arbitraje en la Universidad de Mendoza. Actualmente, es adjunto en la docencia a la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Alberto Montezuma: El arbitraje, que es nuestra preocupación, es una institución que necesita ser fuerte y para esto, creo yo, uno de los elementos que debe confluír es que pueda considerarse como una institución con predictibilidad, más aún cuando se trata de resolver conflictos.

La visión que tengo de la predictibilidad que debe haber es que las instituciones al interior del arbitraje tienen que ser conocidas, de manera que puedan ser manejadas y podamos, en la medida de lo posible, tener criterios de las instituciones similares que nos permitan dar respuestas homogéneas frente a situaciones. Esta es una de las razones por las que felicito esta actividad. Aprovechemos esta tribuna para transmitir los conocimientos y hacer que esta institución sea predecible a partir de que todos maneamos similares conceptos y criterios.

Me acompañan en la mesa María Hilda Becerra y Nicolás Hernández. María Hilda nos va a hablar acerca del principio de flexibilidad.

María Hilda Becerra: Muchas gracias, Alberto.

Quisiera conversar con ustedes sobre el principio de flexibilidad. He tocado este tema porque siento que es uno de los principios que se invoca con muchísima frecuencia en el arbitraje. Solicitamos un cambio en la audiencia: flexibilidad; solicitamos nuevos medios probatorios: flexibilidad.

Hay muchos pedidos que están amparados en el principio de flexibilidad, y a mí me gustaría resolver esta cuestión, básicamente, teniendo en cuenta tres conceptos fundamentales: primero, la autonomía del arbitraje; segundo: la necesidad y la demanda de la sociedad de resolver los conflictos de manera oportuna; y, tercero, la destreza legal de los abogados.

Creo que estos tres conceptos nos van a ayudar a entender qué cosa es el principio de flexibilidad, cuándo estamos ante el principio de flexibilidad y, sobre todo, cómo lo podemos aplicar en la práctica.

¿Por qué elijo la autonomía del arbitraje? Porque, como ustedes recordarán, hace muchísimos años, cuando comenzábamos esto del arbitraje, siempre se señalaba que una de las grandes ventajas del arbitraje era la flexibilidad, pero siempre en comparación con el proceso judicial.

La pregunta es ¿podemos seguir mirando el principio de flexibilidad, el día de hoy, en comparación con el litigio judicial?

En mi opinión, esta forma de ver la flexibilidad está un poco desfasada. Creo que es importante ver la flexibilidad dentro de lo que entendemos como arbitraje, primero porque han transcurrido ya más de veinte años de la aplicación de la Ley de Contrataciones que ha promovido el uso intensivo del arbitraje en nuestra práctica nacional. En segundo lugar, porque la finalidad del arbitraje es resolver conflictos, además, es un mecanismo de solución de controversias autónomo y que ya ha merecido reconocimiento del Tribunal Constitucional.

Entonces, ya no estamos ante esa institución que debemos compararla con el Poder Judicial, sino, más bien, entender que cuando hablamos de flexibilidad, estamos hablando de una institución propia del arbitraje y que desde el arbitraje tiene ciertas necesidades que cubrir.

¿Por qué decimos que se trata de aportar valor en la sociedad? Por una razón muy sencilla. Cuando tenemos un conflicto, existe incertidumbre respecto de la asignación de la titularidad del derecho. Esta incertidumbre impide que los bienes sean destinados a sus usos más valiosos, justamente porque el derecho está en discusión, y eso hace que en el agregado social si tenemos un conflicto no resuelto, estemos generando una situación —vamos a decir— de pérdidas.

Pero, adicionalmente, a esto que podría parecer muy utópico, etéreo o poco práctico el día de hoy, existen interesantes investigaciones a nivel internacional en las que se ha advertido que las partes que están en un conflicto no solo soportan los costos directos o los gastos directos del proceso, sino, principalmente, y esto es sorprendente, también en la pérdida que incurren por tener esa incertidumbre jurídica que, a veces, es muchísimo más rentable tener la definición clara de la demanda o del derecho en conflicto, que mantener el conflicto abierto.

¿Qué quiere decir eso? Que la sociedad el día de hoy nos exige, nos está demandando laudos oportunos; laudos en los que la solución sea emitida en un tiempo razonable reduciendo esta incertidumbre jurídica, y, además, eso es, particularmente, importante en tiempos como el que vivimos, actualmente, en el que tenemos un contexto de crisis; y, por tanto, no podemos permitirnos ciertos lujos como mantener situaciones de incertidumbre de manera indefinida o muy prolongada.

Y un tercer aspecto que creo que es fundamental al momento de evaluar el principio de flexibilidad, es la destreza legal de los abogados.

Hace unos años, obviamente, la práctica del derecho y la enseñanza del derecho era bastante diferente a lo que ocurre el día de hoy.

Hace unos años, la práctica y la enseñanza era, más bien, teórica, voy a decir, en la universidad, y entendíamos que en la experiencia íbamos a lograr ciertas destrezas para ser buenos abogados.

Eso ha cambiado sustancialmente el día de hoy, y lo que ocurre el día de hoy es que las facultades de derecho, de manera más intensiva, están incorporando programas de destreza legal, y no solamente se trata de incorporar técnicas de redacción o de exposición, sino creo que un asunto fundamental son las técnicas para solucionar los problemas lega-

les: técnicas de anales de investigación, de problemas legales, de presentación de un caso, de estructurar un caso desde el inicio; y, obviamente, que esto sea —ojalá— con criterios éticos.

Un ejemplo son los Moot que comentaba Alberto, porque, obviamente, la necesidad del día de hoy es permitir que, efectivamente, los abogados prontamente adquieran estas habilidades que hace unos años estaban reservadas para la experiencia.

Entonces, teniendo en cuenta estos tres aspectos, creo que es fundamental entender que el principio de flexibilidad en el arbitraje es una herramienta que permite que las partes adecúen el proceso a las necesidades de litigio, a las necesidades del caso concreto, y se trata de un ejercicio de diseño o estructuración en el proceso.

Y cuando hablamos de diseñar lo estructural, estamos hablando de una etapa previa a las actuaciones procesales propiamente dichas.

Y, entonces, vamos a encontrar que, por el principio de flexibilidad las partes pueden planificar el arbitraje, pueden ordenar las actuaciones, pueden distribuir el tiempo y los recursos a lo largo del proceso o pueden definir cuáles serán las actuaciones que se acomodan a este tipo de controversia.

Eso quiere decir que vamos a encontrar que el principio de flexibilidad va a tener un uso principal, más intensivo, en la etapa inicial del arbitraje, desde la redacción del convenio arbitral, desde el momento en que las partes eligen que va a ser un arbitraje *ad hoc* o institucional, por ejemplo, o cuando eligiendo un arbitraje institucional, verifican cuáles son las reglas y las prácticas de determinada institución arbitral, y las incorporan.

Allí hay un ejercicio muy importante: el principio de flexibilidad porque la idea es que las partes elijan un centro de arbitraje conociendo

no solo las reglas, sino el estilo de litigio que tiene ese centro de arbitraje, en particular; y, además, vamos a encontrar que este principio se va a aplicar de manera importante en el momento de fijar las reglas procesales.

Normalmente, una vez constituido el tribunal, se definen las reglas procesales y se definen aspectos absolutamente fundamentales, prácticos, como, por ejemplo, los plazos para presentar demanda, los plazos para realizar las actuaciones procesales, etc., que van a permitir acomodar el proceso a las necesidades de las partes, y pensando, además, en la solución eficiente, eficaz, oportuna, con verdad material de un proceso arbitral.

El principio de flexibilidad también vamos a verlo durante el proceso, porque es posible, es factible y completamente eficiente que las partes realicen ciertas coordinaciones para lograr que su proceso avance de manera más eficiente y eficaz.

Obviamente, durante todo este proceso el tribunal mantiene la discrecionalidad para fijar las reglas en las que las partes no logren acuerdo; y, además, la experiencia del tribunal o del árbitro en la gestión del proceso puede contribuir de manera importante para lograr que tengamos un proceso que se ajuste a las necesidades de las partes, a las características del conflicto; y, efectivamente logremos solucionar el problema con un laudo en un tiempo razonable o por turno, etc.

Hay dos o tres casos en los que se utiliza el principio de flexibilidad, y a mi juicio, tenemos dificultades todos los días.

El primero, es la presentación extemporánea de los actos postulatorios, y allí tenemos un problema frecuente, porque una vez que se han definido las reglas procesales, pasan, lamentablemente, con no pocas excepciones que las partes, simplemente, o no presentan la demanda, o no

presentan la contestación, o no presentan la reconvencción dentro de los plazos.

Y aquí lo que suele ocurrir es que la parte que ha incurrido en la demora solicite, en la aplicación del principio de flexibilidad, la admisión de su demanda o de cualquier acto postulatorio.

En el caso de la ley peruana, el artículo 46 de la Ley de Arbitraje establece la renuencia como un supuesto en el que el expediente se archiva, si es que no se presentan las actuaciones de manera oportuna. La norma dice que esta presentación extemporánea es admisible únicamente cuando las dos partes estén de acuerdo o cuando la causa alegada sea suficiente. Esto quiere decir que no es posible que una parte, simplemente, diga: «He tenido un inconveniente y no he podido presentar la demanda» por una razón muy sencilla: esto contraviene el acuerdo previo inicial de fijar justamente las reglas procesales para un ordenado proceso arbitral, y la sanción que contempla el artículo 46 es severa. Yo diría que es una de las normas más severas de la Ley de Arbitraje porque aquí se dispone, simplemente, el archivo de las actuaciones arbitrales.

Invocar el mero transcurso del tiempo y decir flexibilidad del arbitraje, en este caso, por ejemplo, no es tan sencillo.

Otro aspecto en el que se invoca con mucha frecuencia la flexibilidad es la presentación extemporánea de medios probatorios.

Aquí vamos a decir que la respuesta es un poco más amplia porque va a depender, principalmente, de la regla procesal aplicable en cada caso, dependiendo del centro de arbitraje, dependiendo de las reglas procesales, hay redacciones más o menos estrictas para cerrar la posibilidad de presentar medios probatorios extemporáneos o limitarlos exclusivamente a la etapa de actos postulatorios.

Dos cuestiones a comentar allí. La primera es que los actos postulatorios y la posibilidad de fijar oportunidades concretas para presentar medios probatorios también está vinculada con el derecho de defensa de las partes.

Si una de las partes presenta ciertos medios probatorios y la controversia está planteada respecto de esos medios probatorios, y luego aparecen otros, vamos a encontrar que la parte que no necesariamente estuvo advertida de los medios probatorios iniciales, obviamente, tiene una desventaja con relación a quien ha «guardado» sus medios probatorios.

Siempre hay excepciones y dos excepciones reconocidas para admitir medios probatorios extemporáneos es, la primera, cuando los medios probatorios se hayan producido después del inicio del proceso. Evidentemente, si ya pasó la etapa de los medios o de los actos postulatorios y el medio probatorio ocurre después, obviamente, es razonable admitir el medio probatorio. Y la segunda posibilidad es que el medio probatorio se haya producido con anterioridad al proceso, pero que haya sido conocido e invocado por la parte quien lo pretende hacer valer, después de haber iniciado el proceso propiamente dicho.

Entonces, siempre va a haber un margen de discrecionalidad y de análisis de evaluación. Lo importante es realmente advertir si estamos ante una práctica que corresponde al arbitraje en el sentido de alcanzar verdad material para lograr un laudo debidamente fundamentado o estamos ante una práctica que es, simplemente, dilatoria.

Hay una herramienta muy importante que está contribuyendo a generar predictibilidad dentro del proceso arbitral, son los calendarios de actuaciones arbitrales.

Algunas instituciones arbitrales los vienen incorporando, recogiendo prácticas internacionales y consiste, básicamente, en aprobar las

reglas del proceso y en esta primera e inicial etapa definir claramente cuáles son las actuaciones que van a desarrollar las partes; y, además, las fechas en las que deben activamente presentar estos medios probatorios.

Creo que esta es una herramienta importante porque no solo definen las fechas de manera antelada, sino ordenan el proceso. Y algo que es muy importante, definen un estándar de actuación más alto para los abogados litigantes, de manera que tengan su caso preparado desde el inicio. Otra ventaja es que facilitan centrar la discusión en los aspectos controvertidos y en la prueba oportunamente ofrecida durante el proceso y no estar en un volver y retornar a etapas procesales ya pasadas o superadas.

Obviamente, los calendarios de actuaciones arbitrales pueden ser modificados en el transcurso del tiempo y se pueden ajustar de manera que, efectivamente, se pueda resolver el problema que se va presentando durante el curso del proceso y creo que esta es una herramienta fundamental para el desarrollo del mismo y para hacerlo eficiente realmente, logrando laudos oportunos.

Para cerrar, me gustaría citar a José María Rojí, quien nos invita a utilizar el principio de flexibilidad sabiamente en el arbitraje. Él dice que si la flexibilidad pierde este objetivo de eficiencia y eficacia para lograr verdad material, la flexibilidad se prostituye, y cuando los letrados la utilizamos para alimentar un procedimiento al que voluntariamente se han sometido a las partes buscando beneficiar solo a algunas de ellas, estamos haciendo flaco favor al arbitraje y siendo infieles a nuestro compromiso con la justicia y con la verdad.

Creo que es fundamental tener en cuenta que cuando estamos ante el principio de flexibilidad necesitamos dos actores fundamentales: árbitros que tienen la capacidad de evaluar la situación concreta, pero tam-

bién abogados que estén en la posibilidad de ejercer el derecho con profesionalismo y creo que así, finalmente, logramos beneficiar a la sociedad, solucionando los conflictos de manera oportuna.

Este es un asunto importante que tiene una consecuencia práctica muy sencilla, así que espero que en lo sucesivo podamos tener un poquito más de claridad sobre cuándo aplicamos y cuándo no.

Muchísimas gracias.

Alberto Montezuma: Muchas gracias, María Hilda. Ahora, nos acompaña Nicolás Hernández Bernal.

Nicolás Hernández Bernal: Muchas gracias, Alberto.

Voy a hacer un repaso rápido por todo el dilema que se ha cernido sobre el mundo después de la COVID-19 respecto a la práctica arbitral, no solo como esta ha empujado a los arbitrajes a adaptarse a hacer uso de la aplicación de este principio de flexibilidad, y más que todo cómo, ahora que, en principio, se ha adaptado a las audiencias virtuales qué va a pasar una vez se retorne a la normalidad. ¿Qué vamos a hacer? ¿Vamos a seguir con audiencias virtuales? ¿Retomaremos las audiencias presenciales?

En primer lugar, es inevitable mencionar los cambios importantes que ha llevado la COVID-19 a los procesos arbitrales, no solo desde un principio con las normas que se emitieron, sino también con las decisiones de los centros de arbitraje, las instituciones de arbitraje y de los mismos tribunales arbitrales de suspender muchos de los procedimientos, los plazos, una vez iniciada la pandemia debido a que las reglas que han pactado las partes, los reglamentos de las instituciones arbitrales todavía no se habían adaptado a la posibilidad de llevar un arbitraje virtual, a los riesgos y el miedo que tenían no solo las partes, los árbitros, sino los

mismos estudios de abogados, de adaptarse, de un día para otro, a una eventualidad completa.

Si bien es cierto muchas instituciones arbitrales, como la Cámara de Comercio de Lima y otras instituciones internacionales, ya contemplaban la posibilidad de llevar a cabo audiencias virtuales, este no era el común denominador. La gente confiaba, y muchos todavía aún confían, en las audiencias presenciales como un elemento fundamental para llevar a cabo el arbitraje. De hecho, con la covid se planteó la pregunta de qué iba a pasar con los arbitrajes en curso o los arbitrajes que se iban a iniciar al no poderse llevar a cabo las audiencias presenciales.

Aquí vuelvo al principio de flexibilidad que comentó María Hilda, y está relacionado, precisamente, con la solución que pueden darle los tribunales arbitrales y el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, para cumplir con ese mandato que las partes le han delegado al tribunal arbitral de resolver sus compromisos.

Las personas, confiando en ese arbitraje, no pueden esperar indefinidamente a las reprogramaciones eternas de los tribunales arbitrales o a las suspensiones como en un inicio de los procedimientos arbitrales mientras volvíamos a una normalidad que todavía no sabemos cuándo va a ser.

Es por eso que el arbitraje evolucionó. Se emitieron las instituciones arbitrales; la CCI emitió sus notas prácticas; todos los centros arbitrales, los arbitrajes *ad hoc*; los tribunales arbitrales asumieron; el artículo 40 de la Ley de Arbitraje, ese rol de dirección de los arbitrajes para plantearle a las partes la posibilidad de continuar el arbitraje, pero de una forma virtual. Tanto es así que hoy en día es posible perfectamente organizar una audiencia a través de plataformas y medios digitales, tomar los interrogatorios o interrogar testigos, peritos, hacer todo tipo de audiencias de alegatos orales perfectamente a través de plataformas digitales.

Tengo algunas cifras desde una perspectiva antes de la covid del informe del Queen Mary University con White & Case del 2018, bastante conocido, sobre arbitraje internacional, cuando todavía veíamos imposible una pandemia como la de la covid.

En estas estadísticas algo bastante importante es cómo las partes veían, como una de las tres peores características del arbitraje internacional, los costos. Si podíamos hacer un símil con el arbitraje nacional, y, en general, con el arbitraje, las partes consideran que los costos son una parte importante de acudir al arbitraje.

Respecto a la tecnología, las estadísticas señalan qué tan común es el uso de herramientas tecnológicas en el arbitraje internacional. Se mencionan, por ejemplo, las videoconferencias, el almacenamiento en la nube de los documentos, la inteligencia artificial, las audiencias orales, y vemos cómo, por ejemplo, en este último, las audiencias orales, hacían parte de ese porcentaje amplio de prácticas no usualmente utilizadas en materiales.

Si bien era común en los arbitrajes internacionales hacer uso de las videoconferencias para coordinaciones de baja o mediana relevancia, era casi impensable prever una audiencia completa de fondo, de alegatos de práctica de pruebas, completamente virtual.

Asimismo, cuando se le preguntó a los encuestados en su opinión cuáles serán algunos de los factores más significativos que impactará en el futuro de la evolución del arbitraje internacional, el primero de ellos, en un 61 %, fue el incremento de la eficiencia, incluyendo medios tecnológicos. Esto es muy importante porque si bien a los encuestados se les había preguntado cuáles, a futuro, podrían ser los factores para mejorar el arbitraje, ese futuro se volvió no tan lejano, sino se volvió cercano con la covid, y con esa necesidad de adecuar los arbitrajes y las audiencias arbitrales a un espacio netamente virtual.

Voy a hacer un repaso de cuáles son algunas diferencias sumarias entre las audiencias virtuales y las presenciales. Cuando después de algunos meses de incertidumbre se intentó reactivar y empujar una evolución del arbitraje, las audiencias retornaron. Las audiencias virtuales generaron muchas incógnitas: ¿cómo lo vamos a hacer?; ¿dónde lo vamos a hacer?; ¿quiénes pueden ingresar?; ¿qué se necesita para hacer una audiencia virtual?; y junto con estas preguntas, diferentes respuestas. Por ejemplo, nos dimos cuenta de que después del cambio de las audiencias presenciales a las virtuales existe un ahorro significativo en los costos del arbitraje. Todas estas cuestiones relacionadas a los miles de dólares que se gastaban los estudios de abogados en la producción de documentos, en los *files* que se utilizaban en las audiencias arbitrales, que al final de la audiencia terminaban en la basura o siendo entregados al cliente para, de nuevo, estar guardados en una bodega; el alquiler de los sitios de las audiencias donde se iban a realizar; el traslado de los árbitros, abogados, hospedajes, etc. Una audiencia virtual representó un ahorro significativo en los costos del arbitraje.

Seguido de ello, también la posibilidad de participar en una audiencia virtual desde un dispositivo electrónico con una laptop, un iPad o un celular y una buena conexión a internet, y siempre y cuando se tuviera una plataforma virtual amigable como Zoom, Teams o Meet.

Pero no todo es una panacea en las audiencias virtuales, y existen algunas problemáticas y riesgos de realizar las audiencias virtuales, muchos de ellos relacionados con los problemas técnicos: de conexión; la dificultad para algunas actuaciones; la seguridad en las comunicaciones; y la necesidad, en muchos casos, de un apoyo logístico que en la mayoría de veces es brindado por las mismas instituciones arbitrales en caso de que se interrumpan las audiencias virtuales.

Hay que entender que en las audiencias virtuales es inevitable algún riesgo de problemas técnicos. Esto no significa que, de por sí, se prefieran las audiencias presenciales a las virtuales. Esto también tiene una

solución. La primera de las soluciones está relacionada al manejo de la audiencia por el mismo tribunal. Retomando lo dicho por María Hilda, la facultad de dirección que tiene el tribunal permite regular todo tipo de participaciones, y las reglas del OSCE serían para que se pueda hacer efectiva una audiencia virtual.

El manejo de los interrogatorios a peritos y testigos fue otro de los grandes inconvenientes cuando se empezó a contemplar la posibilidad de realizar audiencias virtuales. Ver cara a cara, a los ojos al perito, al testigo y, sin embargo, creerle sin estar presencialmente a unos cuantos metros en una audiencia.

Todos estos tipos de cuestiones son las que vemos ahora con las audiencias virtuales, en comparación de las presenciales.

He sabido de algunas audiencias que, actualmente, se llevan a cabo presencialmente, pero, en su mayoría, es común que entre los practicantes del arbitraje ya se entienda como una regla las audiencias virtuales ahora; sin embargo, qué va a pasar cuando retomemos la normalidad, qué va a pasar cuando exista la certeza que salir será seguro, que existe una posibilidad mínima de contagio o de poner en riesgo la salud de todos los involucrados en el arbitraje.

Esto significa que vamos a retornar a las audiencias arbitrales presenciales, y mi posición personal es que no. De hecho, creo que es todo lo contrario. De hecho, creo que la pandemia, alguna de las cosas, digamos, más más allá de todas las cuestiones negativas que nos trajo, una de las cuestiones positivas que le trajo al arbitraje fue empujarlo a una evolución en la cual se ha fortalecido el sistema de audiencias virtuales, se ha fortalecido el manejo de la audiencia virtual por parte de las instituciones arbitrales, se han visto las bondades de las audiencias virtuales, no solo en cuanto a costos de los clientes, sino en cuanto a las facilidades para los árbitros, de aprender una forma distinta de llevar a cabo un arbitraje.

Cierro, entonces, con una conclusión relativa a, como dice Darwin: «La evolución es inevitable y prevalece el más fuerte o el que más se adapta al cambio». Creo que aquí se ha podido verificar que las audiencias arbitrales virtuales se han adaptado perfectamente a la realidad e, inclusive, cuando volvamos a la normalidad, no tengo duda que muchos de los clientes y practicantes van a considerar mucho las audiencias virtuales, pese a que estas no sean necesarias, como una opción útil y eficaz para llevar a cabo el arbitraje.

Alberto Montezuma: Muchas gracias, Nicolás.

Antes de exponer mi tema, quiero formular un par de preguntas. Una para Nicolás: hablaste de menores costos. En realidad, nos estamos acostumbrando a este medio y es evidente que hay menores costos porque no usamos pasajes de avión para movernos, no hay hoteles, no hay esos gastos que afectaban, como tampoco hay todo este mover agendas: teníamos una audiencia fuera y teníamos que bloquear el día o los días, y ese es un costo, en realidad, que, al final, siempre lo trasladabas a las partes, ya seas árbitro o abogado, ante una reducción de costos.

Creo que también eso también va a tener un impacto particular en los honorarios de los abogados y en los honorarios de los árbitros en la medida que si hay reducción de costos indirectos como estos son de sufragar estos gastos para el mantenimiento de un proceso; evidentemente que los honorarios de los árbitros y de los abogados, sobre todo de los abogados, se van a ver, de alguna manera, beneficiados —creo yo—, y me parece muy bien porque esto ayuda a que otra vez se comience a ver un balance en este tema de costos.

El otro tema es sobre las audiencias híbridas. Creo que habrá la posibilidad de audiencias híbridas: presenciales y virtuales porque, por ejemplo, algún árbitro o abogado puede estar fuera del lugar de la sede del arbitraje y tengan que actuar por razones equis. En este momento,

hay abogados que han regresado a sus ciudades y desde ahí están trabajando.

María Hilda, ese tema de la flexibilidad. Mira, cuando la parte no contesta la demanda no pasa nada porque se puede presentar y va a presentar la demanda y puede presentar las pruebas, de repente, en su contestación. ¿No crees que no hay ese criterio de la rebeldía? ¿Cómo rescatamos esto? Porque esto también es el principio de flexibilidad, un poco que puede ser promotor del desorden o, de repente, del abuso del derecho de la parte, porque el principio de flexibilidad también tiene que ver un poco con la preclusividad del proceso, etc. ¿Qué comentario te merece?

María Hilda Becerra: Gracias. En realidad, coincido en que la contestación de la demanda tiene una implicancia distinta porque cuando se presenta la demanda extemporáneamente la norma es clara: o está sustentado del pedido o hay acuerdo con la parte. Cuando se trata, más bien, de la contestación en la norma no genera una sanción tan drástica como en la conclusión del proceso porque, obviamente, el demandante ha sido diligente y la ha presentado oportunamente.

Pero, además, dice que no se apersonen como afirmado en los hechos, entonces, tenemos más o menos la obligación de mirar, por lo menos, el contenido de lo que se ha absuelto en la reconvenición, y allí el problema práctico, desde mi punto de vista, es la actuación de los medios probatorios porque allí sí vamos a ver que si están presentados de manera extemporánea, obviamente, las partes no están respetando las reglas procesales.

Además, nos va a generar el proceso, yo sí creo que va a generar una desigualdad entre las partes: operativamente hablando, una diligente que presentó contra la otra que lo hizo tarde, y lo que hay —y creo que conviene— es que el tribunal o el árbitro evalúe cuáles de estos medios probatorios realmente conducen a la verdad material y admitirlos allí por

cuestiones de flexibilidad o por interés del proceso por verdad material, pero no como un premio al abogado litigante poco diligente. Creo que va por allí la respuesta. La pregunta es: ¿a qué responde esto que está ocurriendo? Actuación de mala fe al litigio. Creo que tenemos que establecer algún tipo de regla, y ésa es alguna que podríamos invocar. Gracias.

Alberto Montezuma: Totalmente, de acuerdo. Nicolás.

Nicolás Hernández Bernal: Quisiera empezar por el primero de los temas, del impacto en los honorarios de abogados y árbitros por la inevitable reducción de costos de las audiencias virtuales y retomo estas estadísticas que mencioné de la Queen Mary University. Una de las peores cosas que ven los usuarios del arbitraje son los costos. Quizás en las nuevas estadísticas para el presente año esto cambie, y va a ser interesante ver cómo perciben las partes ahora cuáles son las cuestiones que menos valoran del arbitraje cuando los costos —que eran el primero de los ítems— desaparezcán.

Indudablemente, esto tiene una repercusión en los costos del arbitraje, en los honorarios, pero creo que será una cuestión que tendrá que ser discutida en el caso concreto. Respecto a las instituciones arbitrales, cómo se adaptan a la reducción de costos, a ya no necesitar, por ejemplo, prestar sus instalaciones para las audiencias, sino, simplemente, contar con un Zoom institucional. En algunos casos estarán discutiendo en este momento y en algunos otros casos se discutirán a futuro, pero, indudablemente, creo que conllevarán a una reducción en una u otra forma de los honorarios y del costo mínimo del arbitraje, que creo que es inevitable.

Respecto al segundo punto, que son las audiencias de civilidad, creo que de nuevo depende del caso concreto.

Alberto Montezuma: Nicolás, quisiera agregar una pregunta de los participantes. Dice: ¿las audiencias de civilidad atentan contra el principio de igualdad?

Nicolás Hernández Bernal: Respecto a esta pregunta, la elección de las partes respecto a que, tal como manejan sus audiencias, y la forma en que manejan los árbitros cada proceso arbitral, está siempre transversalmente atravesado por la protección al derecho de defensa de las partes, a la igualdad de armas y creo que todas estas cuestiones dependerán del caso concreto para algunas partes. De nuevo, si retorno al momento en que inició la covid de los primeros meses, en algún momento, las islas, entidades estatales solicitaban a los tribunales arbitrales reiteradamente suspender los plazos del arbitraje porque a diferencia de un estudio privado que tenía la facilidad de tener todo en un *file* virtual para las entidades estatales era bastante difícil, porque muchos de los documentos del arbitraje estaban en físico. Entonces, para ellos era una violación al derecho de defensa, la igualdad de armas, por ejemplo, llevar a cabo audiencias virtuales.

Sin embargo, ahora con la digitalización, no cabe duda de que poco a poco se va cerrando esa brecha y será, simplemente, una elección de las partes el decidir qué tipo de audiencias serán presenciales y cuáles virtuales. Y dependerá del éxito de esto, de que se lleve a cabo sin reclamos estas audiencias, la forma en que el tribunal arbitral maneja cada una de las situaciones, maneja cada uno de los reclamos y evitando siempre cualquier tipo de causa de anulación del laudo.

Alberto Montezuma: Correcto.

Al principio, invoqué el hecho de que este tipo de actividades nos ayudaban a hacer más sólidas las instituciones en la medida que nos comunicábamos conocimientos e ideas, y, de esa manera, compartíamos un conocimiento que nos permitía tomar decisiones más o menos

homogéneas frente a las circunstancias, y eso es lo que hace que una institución sea sólida, sean predictibles las sanciones que se impongan.

Voy a hablar sobre la recusación. Siempre vemos la recusación como una amenaza contra los árbitros, pero creo que podemos tratarla como la institución a la que se acude con la finalidad de modelar un tribunal arbitral acorde con los intereses y conveniencia de las partes. Esta acepción puede resultar ambigua porque, de pronto, es conveniencia para bien como para manejar las circunstancias de la constitución de un tribunal.

En ese orden, voy a proponer algunos temas: la oportunidad de proponer la recusación, y en estos casos, cómo la parte se genera un espacio para interponer una recusación, pese a que el plazo para hacerlo puede haber vencido, la condición que debe tener el proponente de la recusación; y, en este caso, hay partes que sin ser afectadas proponen recusaciones, desnaturalizan la institución de la recusación y afectan el proceso, desde mi punto de vista.

Finalmente, estas recusaciones que son declaradas infundadas porque son banales, fútiles; hay recusaciones temerarias, sin causa y sin base, y los reglamentos y las reglas del proceso no establecen nada al respecto. Parece que, de pronto, el premio es para el árbitro que no es separado del proceso; sin embargo, la parte ha afectado el proceso con una recusación temeraria o con una recusación infundada. No voy a entrar en detalles con la Ley de Contrataciones que tiene su particularidad, sin embargo, considero que nuestro marco es los artículos 28 y 29 de la Ley de Arbitraje peruana.

En resumen, solo podrá ser recusado cuando concurren circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, y no poseer las calificaciones convenidas por las partes, establecidas por el reglamento de la institución o las exigidas por la ley. En

cuanto a esto último, puede existir esta causa o no, pero el hecho es que si existe o no existe, el árbitro definitivamente debe renunciar.

El artículo 29 de la norma dice: «Debe formularse tan pronto como sea conocida la causal». Acá esto es parte de lo que yo advierto como como punto de quiebre para analizar. Hay que justificar debidamente las razones en que se basa el fundamentos del pedido y hay que probar la causal. Otro aspecto que pienso que tenemos que considerar es que el periodo a partir del cual se inicia la oportunidad para recusar: desde que la parte conoce la petición arbitral y, obviamente, conoce el nombre del árbitro. A partir de ahí en donde tiene que estar alerta.

La pregunta que me planteo es qué sucede si el árbitro que fue designado ha formulado su declaración, la cual no es cuestionada, y luego de transcurrido un tiempo —en el cual, incluso, se han realizado funciones arbitrales en las cuales el árbitro ha actuado— la parte de pronto estima que puede hacer reparos respecto a su participación en el tribunal por alguna información que proporcionó o quizás de lo que leen nuevamente determinan que hay causa para recusar, pero no lo hizo en su momento. Me pregunto: ¿es posible hacer esto?

En realidad, la discusión se presenta por el hecho de que la parte ha dejado transcurrir un determinado tiempo y habría consentido la intervención del árbitro al haber participado. Es conocido que, en el caso del arbitraje institucional, hay reglamentos que establecen cuánto tiempo se tiene para formular una recusación, es decir, procede recusar cuando tomen la primera noticia de la designación del árbitro. Diríamos que si se ha vencido el plazo y no ha promovido la recusación, entonces, lo ha dispensado y aceptado.

Pero he observado que esta situación está siendo, de alguna manera, manejada: se pide que el árbitro amplíe su revelación y de esa manera se genera la oportunidad de un nuevo plazo para cuestionar lo que se ha dejado pasar o quizá generar una situación de recusación ocasionada por

no haber mencionado tal o cual cosa que en su oportunidad no se pidió y cuyo efecto es que se dejó consentir la designación del árbitro. Vamos a ver cómo, a veces, olvidar algo puede generar esta clase de problemas.

En cuanto a esto último, no me refiero a las causas de incompatibilidad *per se*, como puede ser aquella que denota una causal que no puede ser expulsada, y, por lo tanto, tiene que ser separado, por ejemplo, que no tenga las calificaciones exigidas por la ley, o sea, que haya sido recientemente empleado o abogado, o tenga una relación, pues esas son causas que, definitivamente, por esa razón el árbitro ni siquiera debió aceptar—o sea, la causa está constituida—. Ante eso, me pregunto si este pedido de ampliación de revelación puede ser sobre aquello que informé y no se pidió, en su momento, explicación ampliatoria.

El artículo 2 de la ley señala que las partes pueden pedir, en cualquier momento, la aclaración de sus relaciones con algunas de las partes o con sus abogados, y este aspecto, al parecer, habilitaría a la parte para solicitarlos. Sin embargo, la revelación solicitada, en rigor, debe hacerse respecto a lo que ha declarado y se pide ampliar, es decir, porque no podía pedirse de otra manera, a menos que se tenga, en ese caso, claro conocimiento de una situación que ya no es necesario pedir ampliación del deber de revelación, sino, simplemente, interponer una recusación y removerlo porque tengo causa y prueba. Hay que buscar una solución.

Algo que he visto en el arbitraje doméstico es la poca conexión y la poca conversación que existe entre los abogados de las partes para ir modelando su proceso. El pleito es de las partes, no es el pleito de los abogados, como tampoco es el pleito de los árbitros. Los árbitros tenemos que ser totalmente neutrales. Creo que esa sería la manera de acercarnos para modelar un tribunal que después nos dé garantías, porque de esa manera no aparecerá esta idea de que de pronto no sabía y por eso pido la anulación del proceso.

Lo otro de lo que quería hablar es la condición que debe tener el proponente al momento de formular la recusación. Mi observación es que cuando una parte recusa a uno de los árbitros porque no ha revelado la existencia de otros procesos en los cuales el recusante ha sido parte y el recusado ha intervenido, se sostiene que la recusación debe proponerse porque las circunstancias afectan al proponente, y esa afectación es lo que lo legitima para recusar. Es decir, la persona que pone una recusación en estas condiciones debe estar legitimada para hacerlo. Traigo un caso a colación. Últimamente, dos colegas me comentaron que se promovieron recusaciones contra ellos porque la parte que los recusa los había tenido como árbitros en otros procesos, y resulta que habían omitido dos o tres de más de veinte procesos que habían manejado durante los cinco años para estas entidades públicas. Entonces, la idea era que había que declarar fundada la recusación. Y yo pregunto: ¿tienen legitimidad? El haber omitido la declaración de estos casos en los cuales una de las partes tenía conocimiento, le da derecho a la parte que sabe de recusar a ese árbitro, señalando «no ha declarado los procesos en que ha llevado conmigo». Entonces, yo me pregunto: ¿cuál es la razón? ¿Está siendo afectado? Probablemente podría decir «Sí me voy a ver afectado, porque, si la otra parte se entera después, puede anular el laudo.

La solución que yo vería en este caso no es interponer una recusación es que la parte que conoce que el árbitro designado ha omitido declare: «de falta a usted... confirmeme si usted ha participado en este, en este, y en este otro proceso». Y en ese momento la contraparte se dará cuenta de si la omisión ha sido adrede o una omisión casual.

¿Y eso por qué? Buena fe para litigar. El arbitraje es un medio de resolución de conflictos y los primeros llamados en solucionar los conflictos son los abogados dentro del proceso para hacer que la cancha esté llana y no se vea afectado por anulaciones. Puede resultar una salida válida en vez de proponer una recusación, en donde no estoy legitimado porque no me voy a ver afectado directamente. No se ha violado el deber

de revelación respecto a él porque él no conocía los procesos. ¿Y qué sucede si la otra parte insiste en que se quede el árbitro? La otra parte no se va a ver afectada y si no hay afectación cómo puede proceder una recusación en esa línea.

Lo dejo para que reflexionemos porque creo que la acción también debe tener legitimación. Y la legitimación se ve en sí, efectivamente, te ves perjudicado.

Finalmente, sobre las recusaciones temerarias, banales e injustificadas. Yo me he enterado y he conocido —y, seguramente, en el medio también algunos de mis colegas que están por acá— que hay personas, pseudocolegas que, interesados en determinado caso, se acercan a una de las partes para inspirarlos a que recusen a determinados árbitros, para ellos reemplazar a ese árbitro recusado, y ponen recusaciones temerarias, banales, fútiles, sin fundamento, porque de esa manera pretenden presionar al árbitro, afectando su imagen, obligándolo, de alguna manera, a hacerse al costado para evitar el perjuicio que puede tener la parte de que este proceso se demore, se complejice. Es evidente que estamos frente a actos de total irregularidad y que la parte que está aceptando ello se presta para eso, hay que tener las ideas bien claras.

Lamentablemente, esto es el *backstage* de la situación porque adelante vemos, simplemente, una serie de imputaciones y documentos, pero esa recusación resulta ser infundada, es desestimada. Entonces, mi pregunta es: ¿podemos sancionar a esa parte que ha promovido esta recusación que resulta, a todas luces, infundada, y que sus presiones no han llegado al extremo de intimidar al árbitro para que se retire?

La ley no dice nada. Los reglamentos no dicen absolutamente nada. He estado mirando reglamentos de fuera. Los códigos de ética están referidos a los árbitros. La intervención de las partes está excluida de esta situación. Lo único que se pide es que las partes procedan con

probidad y buena fe, es decir, hay que protegerles el derecho de igualdad de condiciones, igualdad de armas, igualdad de participación, etc.

Yo creo que también tenemos que ponernos a pensar en la posibilidad que las partes pacten que aquel que promueve una recusación, si esta resulta infundada, entonces, la parte debe ser sancionada económicamente. Entraríamos, de pronto, a ese tipo de criterios de disquisición, pero, de alguna manera, yo quiero levantar este hecho porque este hecho sí proviene de actos que atentan contra la institucionalidad y contra los derechos y las obligaciones de los árbitros.

Eso es, en suma, lo que quería traer cuando quise hablar de la recusación para traer un poco a la mesa este asunto, y basados en estas situaciones que he puesto. Muchas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Gracias, Alberto.

Tengo unas preguntas en Facebook: «Se señala que mediante audiencias virtuales la evaluación de los testigos es mucho más difícil y que, de hecho, resultaría muy sencillo manipular las pruebas testimoniales. En una audiencia probatoria virtual, ya que el tribunal arbitral pierde el contacto directo con el testigo, de todos modos, hay un riesgo inevitable de influencia indebida de los testigos durante una audiencia virtual. ¿Qué protocolos usan los tribunales arbitrales peruanos para reducir estos riesgos en las audiencias virtuales?».

Nicolás Hernández Bernal: El arbitraje como tal y respecto a la toma de declaraciones testimoniales y los interrogatorios parte de la buena fe procesal. O sea, si una parte quiere hacer la trampa, de alguna forma, encontrará la manera de hacerlo. Por eso, los tribunales arbitrales empezarán señalando que la confianza que se tiene frente a las partes, frente a los testigos o peritos, parte de la buena fe procesal.

Respecto a qué protocolos o qué buenas prácticas se pueden utilizar para mejorar este tipo de actuaciones están desde las mismas que pactan las partes hasta las que ya se han dispuesto, por ejemplo, con instituciones arbitrales, las notas prácticas de la CCL, algunas que otras relacionadas a las directivas que puede tomar un tribunal arbitral de doble cámara para los peritos, doble cámara para los testigos. Se ha vuelto muy común que cuando exista algún interrogatorio o declaración testimonial, el perito o el testigo muestre todo su entorno en 360 grados, muestre su escritorio, muestre con qué papeles cuenta, hay diversas maneras de intentar mitigar cualquier tipo de riesgo de fraude o cualquier tipo de malestar o confusión en la audiencia.

Sin embargo, como mencioné, todo depende de la buena fe procesal. Probablemente, el testigo esté en Cusco y el tribunal, en Lima o en otro país, y es inevitable que, de una u otra forma, si es que una de las partes no confía en las otras y no actúa de buena fe, la audiencia no va a llegar a buen puerto.

Alberto Montezuma Chirinos: Sin embargo, quisiera agregar una cosa más. Me parece que el tribunal tiene que tomar todas las precauciones y transparentar la situación, si es que el testigo puede engañar, eso también va a suceder en una audiencia presencial. O sea, el tribunal tiene que tratar de transparentar todo, de hacer, de demostrarle a las partes que se agotan todas las condiciones para que la declaración sea lo más espontánea posible y lo más transparente.

Karina Zambrano Blanco: Gracias, Alberto. Leo dos preguntas para María Hilda, para que cierre.

«Doctora Becerra, ¿cuál sería la sanción por parte del tribunal si se evidencia el abuso del principio de flexibilidad de presentar un medio probatorio extemporáneo que debió ser conocido antes de la contestación?».

Y otra pregunta: «Con base en el principio de flexibilidad, ¿los árbitros pueden modificar el plazo para contestar la demanda? A veces, el demandado pide que se apruebe el plazo porque solicita en un otrosí que se amplíe dicho plazo».

María Hilda Becerra: Sobre la sanción. Creo que la sanción más eficiente y directa es, simplemente, que el tribunal no admita las pruebas que son manifiestamente extemporáneas que perfectamente pudieron ser presentadas oportunamente.

Ese sería un mensaje clarísimo para ordenar el proceso y que cada quien haga lo que le corresponde, de manera oportuna, y una herramienta útil, en mi opinión, son estos calendarios de actuaciones arbitrales.

Sobre el plazo adicional para contestar la demanda, creo que, igualmente, como comentábamos hace un rato, la contestación a la demanda extemporánea tiene un efecto menor, porque el hecho de no contestarla oportunamente no puede ser sancionado con admitir como verdaderos los términos de la demanda, porque eso es una estación extrema.

Y con relación a los medios probatorios presentados también de manera extemporánea, creo que allí hay una labor importante del tribunal para marcar cuáles son aquellos que, efectivamente, son necesarios, oportunos, pertinentes para el proceso porque, evidentemente, la idea es que si las partes se han puesto de acuerdo con las reglas iniciales, estas las cumplan. No tiene sentido si vamos a hacer reglas procesales para luego ser dinamitadas por las propias partes. Eso creo que es no solo lo contrario a la buena fe, sino que entorpece el desarrollo del proceso, lo desordena y lo hace más costoso, vulnera todo principio de predictibilidad, a veces, incluso, del derecho al debido proceso.

Entonces, hay una intervención fundamental de los árbitros para ordenar el proceso y definir cuándo no y cuando sí aplica la flexibilidad para acudir o no medios probatorios extemporáneos.

Alberto Montezuma Chirinos: Tengo una pregunta de Ricardo Gandolfo: ¿estarían de acuerdo con establecer un límite para impedir las recusaciones reiteradas y maliciosas prohibiendo que una parte no pueda interponer ninguna más después que han declarado infundadas tres recusaciones anteriores sucesivas?

Claro, hay que implementar algo que dificulte la posibilidad de recusar de manera maliciosa. Yo tuve un paso por un tribunal en el cual cada vez que designaban un árbitro la parte recusaba. Entonces, él se retiraba y se designaba otro y lo volvían a recusar. Hasta que me designaron a mí y yo no renuncié, me quedé y terminé en el proceso, pero ya habían pasado como cuatro o cinco árbitros recusados malamente.

Entonces, creo que de alguna manera hay que buscar la solución, ya sea que las partes puedan pactarlo o, como vemos, que las instituciones arbitrales generen alguna regla que, de alguna manera, quite esa posibilidad, porque acá lo que hay que hacer es hay que comprometer a ambas partes para que actúen con probidad. Ambas partes deben verse, de alguna manera, o beneficiadas o afectadas, definitivamente.

Karina Zambrano Blanco: Muchísimas gracias.

PANEL III: RESPONSABILIDAD, CAUTELARES Y CUANTIFICACIÓN

La inmunidad de los árbitros y su responsabilidad civil y penal

*Alonso Bedoya*¹

Cuantificación y sustento del daño. Las mejores prácticas

*Martín Reaño*²

Medidas cautelares

*Juan Carlos Pinto*³

-
- ¹ Socio del Estudio Mario Castillo Freyre. Es catedrático del curso Arbitraje en la Universidad de San Martín de Porres. Tiene un LL.M. en Comparative and International Dispute Resolution en la Universidad Queen Mary de Londres. En el año 2018 se desempeñó como abogado pasante en el área de Arbitraje Internacional de la firma Wilmer Cutler, Pickering, Hale & Dorr LLP. Pertenece a la nómina de árbitros de diversos centros de arbitraje nacionales y es miembro de la nómina de árbitros residuales del Centro International de Arbitraje de Singapur.
 - ² Socio principal de la firma Reaño Asesores Financieros. Ha sido consultor internacional en McKinsey & Company, director financiero corporativo de Yanbal Internacional y ha sido también presidente de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi. Es licenciado en Economía por la Universidad de Lima y cuenta con un MBA con la NYU University, con especialización en Finanzas Corporativas y Negocios Internacionales. Cuenta con una especialización en Gobierno Corporativo y Operación de Directorios en Kellogg School of Management en Northwestern University.
 - ³ Miembro del Comité Directivo Mundial, Young Chartered Institute of Arbitration. Miembro de YMG, Global Steering Committee. Árbitro miembro del Charter Institute of Arbitrators. Miembro del Peruvian Young Arbitrators. Miembro de diversos centros de arbitraje a nivel nacional e internacional, y cuenta con más de quince años de experiencia en arbitraje con especialidad en arbitraje comercial, derecho de la construcción, contratos públicos, energía y electricidad. Cuenta con estudios de posgrado en arbitraje en Washington College of Law y American University. Tiene estudios de maestría en gestión y políticas públicas en la Pontificia Universidad Católica del Perú y especialista en arbitraje y en contrataciones con el Estado por ESAN.

Karina Zambrano Blanco: Empezamos con el siguiente panel.

Alonso Bedoya te dejo con el panel.

Alonso Bedoya Denegri: Muchas gracias.

Voy a tratar el tema referente a la inmunidad de los árbitros y su responsabilidad civil y penal. Quise abordar este tema en vista de los recientes acontecimientos de los que hemos sido testigos, en donde ya no es inusual que se le abra un proceso, ya sea civil o penal, a los árbitros por diversos motivos.

Coincido con el doctor Montezuma que decía que muchas veces hay estas recusaciones frívolas, banales y a veces no quedan ahí, sino que tratan injustamente de perseguir o iniciar una acción en contra de los árbitros. En algunos casos son injustificados, pero, obviamente, hay casos en los que esto sí vale, se acerca al derecho; pero, en gran medida, esta es una atribución que se está volviendo tendencia y debemos tratarla, no tenerla como un tema tabú.

El papel y las obligaciones en el árbitro son, en gran parte, adjudicativos o judiciales, en el sentido de que el árbitro está encargado de realizar la función fundamental adjudicativa de resolver imparcialmente la disputa entre las partes. Se suele indicar que los árbitros actúan en una capacidad cuasi judicial y este es el fundamento principal para otorgar inmunidad a los árbitros, similar a la inmunidad judicial que se ha desarrollado en varias jurisdicciones.

Los árbitros, en las instituciones de arbitraje, suelen gozar de cierta inmunidad para garantizar la independencia e imparcialidad, protegerlos

contra demandas o denuncias frívolas y vejatorias en su contra, promovidas por alguna de las partes que no se encuentra conforme con el resultado del proceso arbitral. Y, en cierta manera, para asegurar la firmeza y la ejecutabilidad de los laudos arbitrales.

En el curso normal de los negocios, las personas y las empresas emplean a profesionales para realizar determinadas tareas. Estos profesionales están obligados a realizar las tareas con los estándares exigidos por el mercado y también por el contrato que suscriben con las partes, o con la asociación a la que estos pertenecen. Profesionales como médicos, abogados o arquitectos, contadores y otros tienen la obligación contractual para con sus clientes, así como el deber de cuidado, cuyo incumplimiento los hace responsables, bajo responsabilidad extracontractual, de negligencia.

No es inusual ver un médico siendo demandado por negligencia o mala práctica o a un abogado siendo demandado por causas similares, pero ¿acaso los árbitros se pueden sumar a esta lista? Hay ciertos tipos de profesionales, incluidos los árbitros que son inmunes a la responsabilidad extracontractual en diferentes jurisdicciones, aunque no debemos olvidar que la naturaleza jurídica del arbitraje se basa en la teoría contractualista, donde se ve al arbitraje como la manifestación de las voluntades de las partes, mediante un vínculo contractual mediante las cuales las partes dotan a los árbitros de facultades para resolver su disputa con un laudo vinculante.

Por otro lado, se argumenta la naturaleza jurídica del arbitraje, digamos que un poco se contraponen a la teoría jurisdiccionalista. Es decir, el Estado les otorga las facultades y poderes a los árbitros para realizar su labor de poner fin a las controversias.

Para entender un poco mejor la inmunidad arbitral y cómo funciona, y sus limitaciones, creo que debemos partir de los antecedentes de la inmunidad arbitral que, lógicamente, se encuentra en la inmunidad

judicial. La doctrina de la inmunidad se remonta a la doctrina de la inmunidad judicial y es imperativo analizarla para entender cómo funciona la otra inmunidad: la arbitral. El artículo 16, el principio básico sobre la independencia del Poder Judicial de las Naciones Unidas sobre derechos humanos dice que los jueces son inmunes a demandas civiles por daños y perjuicios monetarios por actos u omisiones indebidos dentro de su capacidad judicial.

La inmunidad judicial solo se aplica a los jueces que actúan dentro de su capacidad judicial y no fuera de ella. La doctrina de la inmunidad judicial tuvo su origen incrustado en el *common law*, donde las decisiones históricas, a principios del siglo XVII, de Lord Coke, en el caso Floyd y Barker y Marshall sentaron las bases de la doctrina.

La esencia del concepto se basaba sobre la siguiente concepción, que fue sustentada por Lord Coke, que un juez en cualquier tribunal, ya sea de ejecución limitada o general, no es responsable ante una acción civil por actos realizados en su capacidad judicial, y dentro de su jurisdicción, aunque se alegue que los hechos denunciados se hicieron maliciosa y corruptamente.

La inmunidad otorgada a los jueces se basa en cuatro consideraciones desde el orden público. La primera es la de preservar la firmeza de las sentencias; la segunda es la de garantizar la independencia de los jueces; tercero es mantener la confianza pública en el sistema de justicia; la cuarta es la de proteger a los juzgadores de continuas calumnias.

En el caso Gammel vs. Ernst & Ernst en 1955, se justificó la inmunidad, de manera que preserven la integridad e independencia del Poder Judicial, y para asegurar que los jueces actuaran sobre sus convicciones libres de la aprensión y posibles consecuencias.

Ahora bien, la aplicación de la doctrina de la inmunidad judicial no se limita a los jueces, sino que con la práctica y el tiempo se ha extendido

a través de la misma inmunidad cuasi judicial a otros funcionarios públicos, como, por ejemplo, podemos ver a los congresistas, presidentes, ministros, diplomáticos.

Aunque se ha estado pretendiendo levantar la inmunidad parlamentaria —no sé si ya se levantó—, pero esta inmunidad también se extendió los árbitros y, paradójicamente, yo estoy de acuerdo aunque se haya extendido la inmunidad a los árbitros, pero no en mérito a que sea un funcionario público, porque, en mi opinión, el árbitro dista de ser un funcionario público.

El grado de inmunidad entre las diferentes jurisdicciones, países, no es el mismo, evidentemente, y eso lo determinarán las respectivas leyes nacionales y el rol de las instituciones arbitrales bajo las cuales operan los árbitros.

Soy un convencido de que la inmunidad arbitral es necesaria en mérito de proteger a los árbitros del acoso y de la intimidación como consecuencia de las partes insatisfechas o de abogados malintencionados. Nuevamente, debo coincidir con el doctor Montezuma en que muchas veces los abogados actúan maliciosamente por intereses.

Los tribunales nacionales de los países del *common law*, del Derecho anglosajón han afirmado que exponer a los árbitros de la responsabilidad por daños y perjuicios, socavaría su imparcialidad e independencia, así como la toma en sus decisiones. Bajo esta premisa operan países como Australia, Canadá, Inglaterra y Estados Unidos.

Aterrizando más en las jurisdicciones propias del derecho civil, no puedo afirmar que exista unanimidad, como sí sucede en el *common law*. Por ejemplo, en Francia, los árbitros son responsables en función de su relación contractual con las partes. Asimismo, en Alemania los árbitros son responsables por la negligencia y por conducta dolosa.

Ahondando en este análisis comparativo, otras jurisdicciones del *common law*, como Inglaterra, no imponen responsabilidad a los árbitros por negligencia o error de derecho, a menos que se actúe de mala fe y esta mala fe se pueda evidenciar. De manera similar, los árbitros no son responsables de negligencia mientras actúan en su capacidad de juzgadores; sin embargo, es usual que en el derecho civil se impongan responsabilidades a los árbitros por casos de incumplimiento de sus deberes que provoquen demoras injustificadas, conductas intencionales y negligencia o fraude. A modo de ejemplo, la ley inglesa de arbitraje dispone, en la sección 29, que un árbitro no es responsable de nada hecho u omitido en el presunto desempeño de sus funciones como árbitro, a menos que se demuestre que la omisión así lo es. Lo curioso es que si vemos en el ámbito internacional la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre la cual nuestra Ley de Arbitraje se ha basado, ha guardado un silencio en lo concerniente a la inmunidad arbitral.

La Convención de Nueva York, asimismo, y otros tratados de arbitraje internacional, no contienen disposiciones claras que aborden este estado, y así como los derechos y los deberes de los árbitros internacionales. Pareciera que se ha querido dejar este ámbito única y exclusivamente a ser regulado por las leyes de cada país. En contraste, el Ciadi sí se manifiesta al respecto y otorga a los árbitros, así como a los testigos, peritos y abogados, una concesión muy amplia de inmunidad absoluta frente a la jurisdicción de los tribunales nacionales y la responsabilidad civil. En su artículo 21 se dispone que el presidente y los miembros del consejo administrativo y las personas que actúen como conciliadoras o árbitros, o como miembros de una comisión designada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52, y los funcionarios y los empleados del secretariado, gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos, y en el ejercicio de sus funciones, salvo que el centro renuncie a dicha inmunidad.

En la legislación peruana, nuestra Ley de Arbitraje regula la responsabilidad de los árbitros de una manera un poco más detallada que otras

legislaciones. En su artículo 32 prescribe que la aceptación obliga a los árbitros —en su caso, la institución arbitral— a cumplir el encargo incurriendo, si no lo hicieran, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaran solo por dolo o culpa inexcusable. De similar manera, el artículo 51 sanciona bajo responsabilidad a los árbitros que no cumplen con su deber de guardar la confidencialidad sobre el curso del proceso arbitrario.

En síntesis, nuestra ley arbitraje sí excluía de responsabilidad a los árbitros por actuar con dolo o culpa inexcusable o por no guardar el deber de confidencialidad.

Cuando leo «responsabilidad» me inclinaría más a pensar en la obligación del árbitro de resolver la disputa de las partes de manera adjudicatoria con las obligaciones auxiliares, como llevar a cabo el arbitraje de acuerdo con el acuerdo arbitral de las partes, mantener la confidencialidad del arbitraje y cumplir con el mandato del árbitro.

En caso se incumpla, la responsabilidad en la que incurre un árbitro podría ir más por la pérdida del derecho a una remuneración o a la terminación del mandato del árbitro, remoción del caso o, inclusive, su destitución del centro arbitral.

Inclusive, puede llegar a ser vetado de diversas instituciones arbitrales, lo cual fomentará que no reciba nuevos nombramientos como árbitro. En teoría, si un árbitro es dilatorio o incompetente y no mantiene su imparcialidad o no lleva a cabo el arbitraje de acuerdo con los términos válidos del acuerdo de arbitraje, entonces, las partes teóricamente podrían tener reclamos civiles en su contra, solo si se prueba el dolo o la culpa inexcusable.

A pesar de la posibilidad de responsabilidad civil, y, prácticamente, todos los sistemas legales otorgan a los árbitros un grado sustancial de inmunidad cuasi judicial frente a las reclamaciones civiles que surgen en

la conducción del arbitraje, asimismo, es importante destacar que estas inmunidades están disponibles solo para los árbitros y no para los expertos involucrados en una determinación pericial, mediadores o conciliadores, con lo cual a modo de advertencia le digo al señor Martín Reaño —que intervendrá más adelante en este panel—, economista y que también se dedica a emitir informes periciales en arbitraje, que sus funciones no gozan de inmunidad arbitral en nuestro país.

En la mayoría de las jurisdicciones, la responsabilidad civil existirá en casos de incumplimiento muy grave o deliberado de las obligaciones del árbitro, lo que a menudo va de la mano con la anulación de laudo.

En cualquier caso, la responsabilidad civil, normalmente, no es la primera o incluso la segunda o tercera línea de defensa contra una conducta arbitral insatisfecha, pues el mejor remedio —en mi opinión— es solicitar la anulación del laudo y hacer constar la falta u omisión ante una institución arbitral para que tome las medidas pertinentes. Lógicamente, si estamos ante un arbitraje *ad hoc*, pues bastará para no designar más a dicho árbitro.

En cuanto a las instituciones arbitrales, usualmente encontramos en sus reglamentos un dispositivo mediante el cual se deslinda de cualquier responsabilidad, tanto para ellos como para los árbitros. Suele tener un fraseo como el siguiente: «Los árbitros o cualquier persona designada por el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia o la corte o consejo de arbitraje y sus miembros y sus empleados y representantes no serán responsables ante ninguna persona por ningún acto u omisión en relación con el arbitraje excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad esté prohibida por la ley». El enfoque es casi universal en las instituciones arbitrales y es la de brindar a los árbitros una amplia inmunidad frente a la responsabilidad civil por actos u omisiones en relación a un arbitraje nacional o internacional. Generalmente, es sujeto a una exclusión solo por irregularidades deliberadas, nuevamente, culpa inexcusable o dolo.

Paso a la responsabilidad penal, que es un poco más compleja tanto a nivel nacional como internacional. Cualquier inmunidad frente a denuncias penales se encuentra inexplorada en el tema arbitral. Rara vez surgen cuestiones de responsabilidad penal con respecto a los árbitros y hay poca jurisprudencia o comentarios sobre el tema. Diría que Perú es uno de los países con más experiencia en esto. Algunas leyes nacionales de arbitraje abordan el tema y, generalmente, establecen que los árbitros pueden ser considerados responsables penalmente en circunstancias específicas, por lo general, en casos involucrados con lavado de dinero o corrupción.

Mucho se ha discutido sobre el ámbito penal y se sigue discutiendo sobre si el cargo de árbitros puede enmarcarse como funcionario público o servidor público, que es un cargo que sí está penado, y si es que incumplen sus obligaciones y por las responsabilidades penales los funcionarios públicos son pasibles de denuncia penal por una serie de actos u omisiones en sus funciones.

En mi particular posición, discrepo con aquella teoría que pretende clasificar al árbitro como un funcionario público; sin embargo, nuestro propio Código Penal actual califica a los árbitros como funcionarios públicos solo y únicamente en los delitos de colusión simple agravada, así de como patrocinio ilegal. Solo en esos dos supuestos.

Pasando a otros tipos penales como el prevaricato, comparto la tesis que si el árbitro goza de la misma inmunidad que el juez, también debe ser pasible de las mismas responsabilidades y obligaciones. Tanto los jueces como los árbitros están en la potestad de abusar de su posición y de emitir resoluciones o dictámenes manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o pueden citar pruebas inexistentes o hechos falsos o que se apoye en leyes supuestamente ya derogadas. También considero que el árbitro puede ser pasible de cometer delitos como el de la negativa de administrar justicia o, en algunos casos, el abuso de autoridad.

Me inclino a considerar, a efectos de la responsabilidad penal, que el árbitro y el juez comparten muchas similitudes al ser ambos juzgadores y al ser ambas jurisdicciones reconocidas expresamente por el artículo 139 de nuestra Constitución. Empero, esto no debe llevar a presumir que el árbitro es un funcionario público bajo ninguna circunstancia.

Conceptualmente, el árbitro no es funcionario público por tener, dentro de su naturaleza jurídica, la teoría contractualista. Sin embargo, este tema merece un análisis más profundo y no me gustaría polemizar más sobre el particular, pero sí quiero hacer una conclusión en forma de hipótesis. Los principales argumentos que históricamente se han presentado para apoyar la inmunidad arbitral se sustentan en la necesidad de garantizar la independencia e integridad de los árbitros en el desempeño de sus funciones. En caso de que existiera dicha inmunidad, las partes insatisfechas con el resultado de un laudo pueden amenazar o acosar a los árbitros y estos últimos no podrían tomar decisiones basadas en principios, si es que temen ser objeto de demandas y represalias.

Lamentablemente, veo con mucha preocupación que esto está sucediendo en el Perú. Árbitros valiosos y muy calificados están declinando arbitrar, sobre todo en el ámbito público, justamente por este motivo: por miedo a las represalias que se puedan tomar en contra de ellos.

Es de suma importancia que los árbitros estén libres de temor a represalias y no teman las consecuencias de sus actos, siempre y cuando estos estén amparados en el debido proceso; pero al día de hoy los árbitros hasta temen de solicitar una reliquidación de sus honorarios en caso la disputa presente mayores complejidades o demande más tiempo y recursos, porque esto puede interpretarse maliciosamente por las partes como un pago encubierto.

Queridos colegas, como joven árbitro y abogado veo que esto desalienta tanto a jóvenes como a árbitros experimentados en su asunción en el papel de árbitros. Los árbitros, por su naturaleza, deben gozar de la inmunidad total, salvo por aquellos actos cometidos durante el proceso que obedezca a negligencia y dolo o culpa inexcusable, o alguno de los delitos aplicables también a los jueces.

Salvo por esos motivos los árbitros deben ser y permanecer inmunes a demandas y recursos frívolos.

Muchas gracias.

Karina Zambrano Blanco: Excelente presentación, Alonso.

Alonso Bedoya Denegri: Muchas gracias.

Ahora, le cedo la palabra a Martín, con el tema «Cuantificación y sustento del daño. Las mejores prácticas».

Martín Reaño Azpilcueta: Gracias. Buenas tardes con todos.

Yo no soy abogado, soy un economista y la razón por la cual estoy participando en este evento es que debido a la naturaleza de mi práctica en el banco de inversión que dirijo, en algún momento tenemos que valorar sociedades. Nosotros compramos y vendemos empresas, negocios en marcha, entonces tenemos que decir cuánto valen las acciones de una sociedad.

En el camino nos volvimos expertos valorando intangibles, en general y el daño económico es un intangible. Entonces, con alguna frecuencia, participamos como peritos de parte sustentando daño económico. La idea es en quince minutos dejarles una o dos ideas que ojalá puedan ser de alguna utilidad para ustedes.

Recuerdo que el año pasado comenté dos cosas. Les decía a los asistentes que los dos factores críticos para que un perito haga bien su trabajo son: uno, la imparcialidad; y dos, la comunicación. Imparcialidad creo que se cae de maduro lo que significa y por qué es relevante. La comunicación. Nosotros, los economistas, al igual que ustedes, los abogados, manejamos unos términos que no necesariamente son de dominio del resto de los humanos. Además, a veces algunos técnicos tenemos una cierta tendencia a abusar de esos términos técnicos, quizás para demostrar que sabemos mucho y lo que logramos al final es confundir al auditorio. Más crítico aún, cuando este auditorio está conformado por abogados.

Les decía, cuando un perito está sustentando ante un tribunal arbitral, mientras más sencillo, mejor. Mientras menos palabras técnicas, mejor; y sin ninguna palabra técnica, mejor todavía. De nada sirve que el perito se pase horas de horas haciendo escenarios, Excel, tirando números, fórmulas sumamente complejas si al final va a pretender transmitir esa complejidad al tribunal arbitral. Lo que hay que hacer es, justamente, todo lo contrario. Esas fueron las dos recomendaciones que di en la oportunidad anterior.

Ahora quisiera darles una recomendación adicional, quisiera poner sobre la mesa un tema que para los peritos pienso que debe ser importante: ¿cómo puede hacer un perito para moderar, en parte, el sesgo natural con el que viene el cliente?

Un perito de parte es contratado por una de las partes: el cliente. Y cuando se trata de daño económico este cliente le dice: «Me han arruinado la vida porque la otra parte no hizo esto, esto y lo otro, o porque hizo esto, esto y lo otro, eso me ha costado tres fortunas, no una, sino tres fortunas. Y, mira, te voy a contar cómo fue y te voy a dar toda la información para que puedas hacer los cálculos, los análisis y te pares ante el tribunal a sustentar».

Entonces, estamos hablando de un sesgo que es inevitable con el cual el perito tiene que vivir. Este sesgo tiene cuatro componentes y el perito tiene que estar atento a cada uno de ellos.

El primer componente del sesgo es que la información la proporciona una parte: la proporciona el cliente que ha contratado al perito, no la proporciona la otra parte. Eso ya viene muy bien acomodado.

Lo segundo es que el abogado de la parte tiene su propia agenda. Este abogado ha diseñado su estrategia, ha pensado cómo va a plantear el caso ante el tribunal arbitral y ha visto cómo es que el perito puede apoyarlo o cómo es que quisiera que el perito lo apoye. Y el abogado también va a empezar a empujar al perito en alguna u otra dirección. Este abogado también está sesgado

El tercer componente del sesgo es que, lamentablemente, no podemos contrastar la información que nos da nuestro cliente con la otra parte. No podemos llamar a la otra parte y decirle: «Oye, ayúdame, quiero ver si es verdad la información que me está dando mi cliente». Eso, pues, en la práctica no es ni razonable ni posible.

Y el cuarto componente es que no somos expertos funcionales. Se trata de la construcción de una hidroeléctrica y yo no tengo la menor idea de cómo funciona una hidroeléctrica, y menos aún cómo se construye. Se trata de proveer de carpetas a colegios en la sierra norte del país y yo no sé cómo se fabrica una carpeta, etc. Yo sé un poquito de economía y un poquito de finanzas, entonces, nuevamente, tenemos un sesgo porque nos vamos a tener que alimentar en cuanto a la experiencia funcional de lo que nos diga el cliente.

El problema es que el perito está en gran riesgo de hacer un diagnóstico sesgado porque hay cuatro componentes que juegan para que la información que recibamos esté inclinada hacia una parte y no hacia la otra.

¿Cuál es la solución? ¿Cómo debería un perito protegerse para asegurar la idoneidad de su peritaje? Estamos hablando de un perito que quiere ser imparcial, recuerden. Hay que ser imparcial y hay que ser muy bueno comunicando un problema para ser imparcial. En nuestra práctica hacemos cuatro cosas.

Lo primero es lo que llamamos «test de consistencia». Sin ser expertos, lo que sí podemos hacer es ver si las cosas cuadran y suman. «Yo no pude avanzar la obra porque no me despejaron la carretera. Entonces, no llegó la materia prima». Pero si esa es la razón, entonces debo asumir que todo lo demás que era necesario para avanzar la obra que no dependía de ese cierre de la carretera sí estaba en su lugar. O cuando te dicen: «El producto que me pidieron sí cumplía con los estándares de calidad o con los parámetros que se especificaban en el contrato». Entonces, una de las cosas que nosotros hacemos es validar si los insumos que se utilizaron para esa transformación también cumplían con los parámetros exigidos y con los requisitos de calidad, y así podríamos seguir con ejemplos, pero a lo que quiero llegar es al test de consistencia para asegurarnos de que las diferentes piezas de información que recibimos conversan una con otra.

Lo segundo que hacemos es *benchmarking*. Comparamos las situaciones que nos están planteando con otras que se hayan presentado en otros arbitrajes o que se hayan presentado en otros casos en los cuales nosotros hemos participado. Y deberíamos ver o buscamos que haya cierta coincidencia en los fundamentos, no en los valores, pero sí en los fundamentos. Si no hay esa coincidencia, que podría darse el caso, nos obligamos a respondernos cuáles pueden ser las razones que podrían hacer que no haya coincidencia entre un factor y otro.

Luego están las pruebas de razonabilidad. ¿Puede el daño ser equivalente al 80 % del valor del contrato? ¿Puede el daño representar el 300 % de los ingresos de la empresa o el 300 % de los ingresos que iba

a recibir la empresa solo por este contrato? Hay ciertas cosas que deben ser razonables y acá no hay ciencia, hay experiencia.

Por último, la cuarta manera de protegerse es el sentido común. Si queremos hacer números y que salgan cosas astronómicas, Excel lo va a permitir. Excel aguanta todo, pero el sentido común es sumamente importante. He aprendido con los años que si algo huele a pescado, probablemente, es porque sea pescado. Me puedo equivocar, pero convénczame que no es pescado.

Y quisiera terminar —porque lo que he hecho es plantearles cuatro razones por las cuales la información que recibe el perito viene sesgada y cuatro estrategias que nosotros aplicamos para minimizar el impacto de ese sesgo— trayendo un caso concreto y controversial que se asocia a esto de la información que recibimos, porque ocurre con alguna frecuencia que la parte le dice al perito: «Y todo esto me ha dañado profundamente porque ahora mi empresa vale menos».

Y no estamos hablando de temas reputacionales, estamos hablando de que el valor de mercado del capital accionario es menor. Y puede ser, porque si la empresa ha generado pérdidas debido a la situación que se está estudiando, con mucha probabilidad vale menos.

Entonces, le dicen al perito: «Quiero que como daño incorpores el hecho de que antes de este evento mi empresa valía diez millones de dólares, y ahora, después de este evento, mi empresa vale solamente cuatro millones de dólares». Nuestra posición es la siguiente: Sí es posible que un evento concreto haga que un negocio en marcha tenga menor valor, que el valor de mercado de las acciones se reduzca; sin embargo, es nuestro parecer que ese menor valor de la sociedad solamente es relevante en el contexto de un arbitraje, si es que se puede demostrar que los accionistas de la sociedad estaban ya en un proceso avanzado para vender total o parcialmente las acciones de la empresa. De no ser así, el

hecho de que las acciones de la sociedad valgan menos debido al arbitraje es un hecho cierto, pero, probablemente, absolutamente irrelevante a efectos del daño económico.

Entonces, nuestra práctica es, si y solo si se puede demostrar que los accionistas estaban ya en un proceso de venta de acciones, podría tener sentido incorporar como parte del daño un menor valor de mercado de las acciones de la sociedad.

Y con esto termino.

Alonso Bedoya Denegri: Muchas gracias. Nuestro siguiente panelista es el doctor Juan Carlos Pinto Escobedo.

Juan Carlos Pinto Escobedo: Gracias, Alonso. El tema que tocaré es medidas cautelares.

La materia cautelar se nos presenta como una que posee muchas aristas que requieren una atención particular para ser solucionadas. Antiguamente, en pregrado, ese tema de atender la cautelar era exclusiva del Poder Judicial, pero fue regulada en la Ley de Arbitraje, por lo menos, en la peruana, como la facultad del tribunal arbitral y, con el tiempo, han ido surgiendo muchos nuevos retos.

Pensaba un poco en ese tema ayer, cuando estaba leyendo un cuento para mi hija relacionado con la mitología griega, los trabajos de Heracles. Como ustedes saben, este héroe, en uno de los doce o casi trece trabajos que tuvo que realizar, enfrentó a un dragón de nueve cabezas, el cual no solamente era terriblemente feroz, sino que cada vez que le cortaban una cabeza le crecían dos. En la materia cautelar, curiosamente, parece que cuando se ha solucionado un problema, a veces surgen nuevos derivados del mismo. Lo que hizo Heracles en esta historia fue, justamente, ir quemando cada cabeza que cortaba a fin de que no creciera ninguna más en su reemplazo. No sé si es que en el ejercicio de la práctica arbitral

para el tema cautelar se pueda ir aplicando este mismo método, pero es, sin duda, un gran reto para todos los árbitros, y también las partes que ejercen defensa, que estos problemas individuales que van surgiendo en la materia cautelar tengan solución.

Todos sabemos que el origen de diversos problemas en el tema cautelar se encuentra en el primer pedido cautelar presentado ante el Poder Judicial y otorgado. Esta medida cautelar otorgada pasa al tribunal arbitral a ser conocida, obviamente, para que el tribunal, con la facultad que está contenida en la ley, la mantenga, la revoque, la deje sin efecto o la varíe, dependiendo de lo que solicita la parte accionante y el petitorio; tenemos el otro escenario en el cual una medida cautelar presentada ante el Poder Judicial es otorgada y apelada ante el mismo Poder Judicial. A veces esta apelación es sin resolución, pues pasa al tribunal arbitral. He tenido de estos dos casos diversas situaciones en diversos arbitrajes, en donde, justamente, se le pide al tribunal arbitral, con la potestad y facultad que este tiene, pronunciarse sobre la apelación, incluso, en los términos en los que ha sido apelada. Sobre eso voy a comentar muy breve después porque casi todos estos problemas tienen la misma conclusión.

Lo otro que tenemos es una medida cautelar presentada ante el Poder Judicial y no concedida, con lo cual una vez constituido el tribunal arbitral es presentado un pedido cautelar. Es un caso bastante típico, como si una cautelar no hubiese sido presentada, pero ya presentados los escritos ante el Poder Judicial, se tiene que hay argumentos presentados defendidos y hay también una contradicción que suelen ser utilizados en la defensa, y en lo que va a ser materia de conocimiento del tribunal arbitral cuando esté constituido.

Otra es una cautelar presentada ante el Poder Judicial que no tiene pronunciamiento y en esa tendencia ya se constituyó el tribunal arbitral, y claro, algunos practicantes le dicen al tribunal arbitral, desconociendo un poco el detalle de lo que regula la Ley de Arbitraje, que hay una cuestión de litispendencia que tiene que esperar el fallo del Poder Judicial, u

otros, prudentemente, presentan un pedido cautelar al tribunal arbitral y le piden al juez que se abstenga de pronunciarse porque ya hay un tribunal constituido. Estas son, más o menos, las variables que existen en torno a la presentación de una cautelar ante el Poder Judicial.

Vamos a pasar a la otra situación que se da que es, justamente, la cautelar presentada ante el árbitro de emergencia. Hemos conocido esta figura en diversos eventos, pues esta es una salida interesante que ha planteado la práctica internacional y se ha incorporado en las instituciones arbitrales, en sus reglamentos, y es muy acertada: se presenta ante un antiguo árbitro de emergencia un pedido cautelar y este árbitro lo otorga, con lo cual uno pasa al tribunal arbitral ya constituido el arbitraje principal con una decisión cautelar emitida por el árbitro de emergencia. Ahí les surgirá la pregunta, sin duda, si el tribunal arbitral puede dejar sin efecto la medida cautelar otorgada por un árbitro de emergencia o no. O, en caso de que el árbitro de emergencia la haya denegado, si es que puede el tribunal arbitral conocerla en sus dos opciones, ya sea otorgándola o dejándola sin efecto, si es que el árbitro de emergencia se pronunció o no sobre eso.

Voy aquí a la duda algo sencilla que se tiene en torno a si se debe respetar la decisión del árbitro de emergencia. Ayer, Mayra Bryce nos comentaba con mucho acierto que internacionalmente, incluso, hubo una época en la que se debatió, y todavía creo que se puede debatir, sobre si la decisión del árbitro de emergencia era un laudo o no.

De algún modo se entiende que para la Convención de Nueva York esto viene de la mano de si se puede ejecutar o no una medida cautelar dictada por un árbitro de emergencia. En la Corte de Suiza en el 2010, nos comentaba Mayra, se decía que no era un laudo; pero, por otro lado, en Hong Kong y Singapur las normas señalan que sí lo es. La Uncitral también los equipara y en el Reglamento de la CCI queda abierto para el debate.

Nosotros consideramos que sí lo es; sí tiene calidad de laudo para el tema de ejecución, pero, sin duda alguna, el tribunal arbitral constituido, no obstante, haya existido una decisión emitida por un árbitro de emergencia, puede conocer un pedido cautelar, ya sea en el sentido de revocar la decisión del árbitro de emergencia o ya sea en miras a otorgar un pedido cautelar, si es que uno de emergencia no lo concedió.

Entonces, ahí surge la duda de si realmente es un laudo o no. Creo que para temas de ejecución sí lo es, pero un tribunal arbitral, en tanto conoce el fondo de la controversia, va a tener los elementos completos mientras va conociendo el proceso, de lo cual careció. El árbitro de emergencia puede tranquilamente, en virtud de la facultad de la ley de arbitraje, conocer los pedidos cautelares.

Para graficar las diversas variables o situaciones que se dan en torno a los temas cautelares, tenemos que la normativa a nivel nacional lo tiene bastante claro. El tema de tratamiento de las cautelares se contempla claramente en la Ley de Arbitraje, nuestro Decreto Legislativo n.º 1071, y, recientemente, en el controvertido Decreto Urgencia n.º 020-2020 que, justamente, introduce una pequeña variable para los arbitrajes en donde participa el Estado. Sobre esto mencionaré algunos problemas actuales. Los reglamentos de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Arbitraje y Solución de Controversias de la Pontificia Universidad Católica tienen una regulación propia de cómo entienden la celeridad del procedimiento y la urgencia con la que se debe tramitar el pedido cautelar. Cada uno le pone una variable distinta. Tenemos el Poder Judicial, al cual siempre podemos acceder, con las particularidades que tienen los jueces del Poder Judicial de la sede; y tenemos los centros arbitraje que brindan el servicio del arbitraje de emergencia.

En los plazos del procedimiento que tiene cada centro de arbitraje tenemos que el reglamento de la Cámara de Comercio de Lima, tan pronto inicia la solicitud de arbitraje de emergencia, dispone que el consejo solo tiene dos días para nombrar el árbitro. Luego regula el tema de

la recusación, que se puede dar tres días después de designado el árbitro, con lo cual, después de la absolución de la recusación y el traslado de la contraparte, el consejo decide en el menor tiempo posible, desde que son remitidos todos los documentos al árbitro de emergencia designado hasta que el árbitro resuelva, tienen que haber quince días hábiles, con lo cual, en total, son, aproximadamente, diecisiete días hábiles desde que se inicia la solicitud de arbitraje de emergencia, tiempo en el cual el solicitante va a tener una decisión. Esto es algo bastante rápido. En este apéndice 1 de arbitraje de emergencia, dice que el plazo puede ser ampliado por un tema de pruebas quizá, pero, en buena cuenta, son diecisiete días hábiles. Sus costos están en su página web, son diez mil dólares en gastos arbitrales, propiamente, y cinco mil dólares en gastos administrativos. Son quince mil dólares en total.

En el reglamento de la Pontificia Universidad Católica, la mesa directiva tiene un tiempo un poco más breve. Si bien puede ayudar en el tema de la celeridad, también requiere que el profesional que se designe tenga conocimiento vasto y experiencia en el tema cautelar, porque la celeridad tiene que ir equilibrada con la calidad de la resolución y el conocimiento de la materia. Tenemos que, interpuesta la solicitud del árbitro de emergencia, hay tres días como máximo para que el árbitro designado acepte. Tan pronto acepte el árbitro tiene que emitir la orden mediante la cual corre traslado o resuelve *inaudita pars*. En caso corra traslado, son dos días para que se pronuncie la contraparte y, absuelto el pedido cautelar, el árbitro de emergencia tiene dos días para resolver el pedido.

Entonces, en total son siete días hábiles desde la solicitud del árbitro de emergencia para tener una decisión en caso haya traslado. Si no hay traslado pueden ser cinco días hábiles, que es un plazo bastante celer. Los costos del Centro de Arbitraje de la Católica son 16 500 soles para los gastos administrativos y 22 500 soles para el árbitro de emergencia. Existen, sin duda, otros centros más, pero no he tenido alcance de sus reglamentos para advertir la regulación sobre el arbitraje de emergencia.

Algo muy común es que existe el traslado a la contraparte que, si bien puede dejar expuesto a cierto riesgo al solicitante, me ha pasado en ambos casos que existiendo mérito para un traslado se ha cuestionado que, dentro de la decisión del traslado, cuando se le exhorta a la parte que va a conocer la medida cautelar interpuesta y que se abstenga de realizar actos destinados a ejecución de la medida, al reconsiderar esta decisión la acusan como un adelanto del otorgamiento.

Esto no es un adelanto del otorgamiento, sin duda, el árbitro podría otorgarlo *in audita pars* y puede utilizar términos legales para asegurar que con el conocimiento de la solicitud cautelar no se aumente el riesgo de una posible ejecución, pues es perfectamente posible y, además, comprensible, dada la situación en la que el solicitante presenta su petición cautelar.

Lo otro que también existe dentro de este mismo supuesto es que con un traslado de la solicitud cautelar, la contraparte se apresura en querer ejecutarla. Si es que esto es un desacato o no, amerita un análisis un poco más sesudo que no alcanzaría en ese momento a desarrollar por completo, pero nos hemos enfrentado también con algunos tribunales en donde, habiendo corrido traslado, es una entidad o una empresa la que se apresuró en ejecutar, y en tanto las garantías son otorgadas, y el beneficio a mera solicitud del beneficiario, pues las entidades financieras no hacen sino cumplir el pedido de ejecución.

Eso deja a veces al tribunal en la necesidad de —frente a una ejecución que ya se da— ejercer la facultad de la variación de la medida, con base en el nuevo contexto y de forma imaginativa, pues hay ver de qué modo se puede proteger el pedido cautelar, y acomodándose a la nueva situación. Sobre esto no hay algo escrito puntual y ahí va un poco más a la experiencia de los que ya conocen medidas cautelares.

Otro tema que también es para pensarlo es si es que deben acreditarse todos los elementos que en doctrina se conocen para el otorgamiento de cautelares. El *fumus boni iuris*, que es la verosimilitud del derecho, es la adecuación de la medida o la razonabilidad; la contracautela. Mucho se dice que el arbitraje es flexible y, en tanto ello, no debería apegarse a las formalidades del Código Procesal Civil y a la práctica procesal formal.

Esto no deja de ser cierto, pero, sin duda alguna, los requisitos para un tema cautelar sí deben acreditarse con o sin esos nombres, pero sí guardando los conceptos, la verosimilitud tiene que existir para proceder a un pedido cautelar, tanto como el peligro en la demora y la existencia de una contracautela, además de la razonabilidad o adecuación en el tema del tipo de pedido cautelar.

La última cabeza de monstruo que podemos mencionar es la existencia de ese Decreto de Urgencia n.º 020-2020. Se ha hablado mucho sobre el control difuso porque esta norma lo que hizo, puntualmente, es exigir que como contracautela en los arbitrajes donde participa el Estado pues se exija como mínimo que no sea menor a la garantía de fiel cumplimiento.

En algunos casos, esto sí puede aplicarse, en otros, definitivamente, no, dependerá del criterio del árbitro. Muchas veces esta exigencia que ha sido plasmada en la ley, los decretos de urgencia son ley, contravienen la lógica misma de la cautelar, llevan a un contrasentido y, como bien lo han dicho algunos árbitros, el control difuso es posible de aplicarse; en efecto, lo es. Y eso es otro de los temas que andan ahí como reto constante en los tribunales arbitrales donde se terminan conociendo pedidos cautelares.

Creo que no son todos los temas, hay muchos más, sin duda, por comentar, pero he querido dar una pincelada de lo que se aborda en materia cautelar en el territorio nacional. No deja de ser particular a

nuestro caso, como país, pero también con mucha cercanía a la práctica internacional. No somos ajenos a ella.

Alonso Bedoya Denegri: Muchas gracias, Juan Carlos.

PANEL IV: MOTIVACIÓN DEL LAUDO

Anulación de los laudos arbitrales

*Gonzalo García Calderón Moreyra*¹

¿Laudos motivados o supermotivados? La perspectiva de los jueces de Lima a través del recurso de anulación de los laudos arbitrales

*Ricardo León Pastor*²

Buenas prácticas en la motivación y redacción de laudos arbitrales

*Rodolfo Miranda Miranda*³

¹ Fundador de García-Calderón Abogados Asociados. Es abogado y magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión de Reforma de la Ley de Títulos-Valores y la Ley de Títulos y Valores de la Ley de Arbitraje. Árbitro internacional y nacional.

² Abogado y árbitro. Ha sido profesor universitario desde el año 1991 en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es árbitro nacional e internacional.

³ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Arbitraje Internacional por la Universidad de Nueva York. Centra su práctica en arbitraje en contrataciones con el Estado, asociaciones público-privadas y contratación civil. Profesor de Arbitraje en la Universidad de Piura. Socio del Estudio Miró Quesada Abogados.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Me voy a permitir formular una pregunta y una conclusión que quiero compartir con ustedes, que estoy seguro va a causar bastante polémica y discusión.

De no existir un recurso de anulación de laudo, ¿será suficiente el contrapeso que la propia legislación establece con el recurso de reconsideración?

La respuesta es que cualquier violación al debido proceso efectuada por los propios árbitros no puede ser resuelta por estos mismos, sino que se requiere una instancia diferente a la de los árbitros para que resuelva ese conflicto de forma.

La pregunta que hay que formularse ahora es si hemos llegado a la conclusión de que es necesario que exista un ente fiscalizador, un ente rector, ¿será necesario que sea el Poder Judicial el que lleve adelante el recurso de revisión, a través de la anulación del laudo arbitral?

La propuesta que formulo, ahora vanguardista, es que no. El Poder Judicial no requiere llevar adelante el recurso de anulación. Es una propuesta audaz, pero totalmente válida dentro del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Repito, saquemos la anulación del laudo del Poder Judicial. Me preguntarán ustedes ¿es posible ello? Veamos brevemente.

Años atrás, cuando se planteaban cosas como esta, nos decían que estábamos mal de la cabeza. Si ustedes se acuerdan, con la Ley n.º 26572, con la ley anterior a la actual ley, Decreto Legislativo n.º 1071, quien designaba a los árbitros era el Poder Judicial. Era una locura, se tenía que presentar una solicitud al Poder Judicial, enviarle una lista de siete nombres de árbitros; si era del presidente, una lista de catorce, etc., era un vía

crucis que demoraba meses hasta ocho meses para la designación de un árbitro si es que una de las partes no lo quería designar. Y, si adicionalmente designábamos al presidente, pasabas un año en el Poder Judicial para la designación de árbitros.

Igual sucedía con la recusación y ocurrió que la ley modificó un criterio que parecía inamovible. Hoy, las cámaras de comercio designan residualmente y funciona no bien, sino magníficamente bien y nadie tiene una queja respecto a que haya dejado de colaborar el Poder Judicial respecto a la designación residual y a la recusación de árbitros.

Hemos atendido la exposición respecto a medidas cautelares. También algo inamovible, la medida cautelar fuera del proceso se lleva adelante en el Poder Judicial. ¿Por qué? El árbitro de emergencia. Con la pandemia, el sistema de árbitro de emergencia en el Perú, tanto de la Cámara de Comercio como en la Católica, ha funcionado extraordinariamente. Con la clausura del Poder Judicial, las partes han presentado sus solicitudes a los centros de arbitraje que tienen esta figura de árbitro de emergencia y ha funcionado en más de una docena de casos bastante bien.

Es verdad que sería conveniente perfeccionar la norma relativa al árbitro de emergencia, dándole una potestad que ahora no tiene de ejecución de sus medidas cautelares, a través —creo yo— de un sistema muy sencillo de garantía a través del centro de arbitraje que sería aquel que lleve adelante el arbitraje de emergencia y sea quien convalide esta decisión cautelar.

En consecuencia, tenemos ejemplos de cómo ha ido evolucionando en el arbitraje, dándole la potestad a los árbitros para que sean estos los que lleven adelante una serie de temas que solo se pensaba eran exclusivos del Poder Judicial o que el Poder Judicial tenía que colaborar con el arbitraje.

En consecuencia, creo que al igual que en los casos de la designación de árbitros, de la recusación, de las medidas cautelares, tenemos la posibilidad de pensar la idea de que las anulaciones de laudo sean conocidas ya no por el Poder Judicial, sino que sean conocidas por las propias instituciones arbitrales, que son aquellas que están llevando el procedimiento arbitral.

Con lo cual, igual que lo que sucede con el árbitro de emergencia, la ley no obliga si tú te sometes al Reglamento de una institución arbitral, tienes abierta la posibilidad de acudir a una medida cautelar en sede judicial, pero también tienes abierta la posibilidad de acudir al árbitro de emergencia que la propia institución ofrece.

Algo similar puede ocurrir en la anulación del laudo arbitral. Si yo me someto a las reglas de una institución establecemos la posibilidad de que la anulación del laudo sea vista por la institución arbitral, ya no por el Poder Judicial, con lo cual logramos dejar de discutir respecto a una serie de decisiones jurisdiccionales. En consecuencia, creo que es una propuesta interesante y debe, sin duda, garantizar la finalidad de todo recurso de anulación: la legalidad.

La competencia respecto a la anulación no es exclusiva —ni debería serlo— del Poder Judicial, porque lo que se busca es cómo garantizar la legalidad de los actos arbitrales. Esa es la misión del recurso de anulación o de la acción de nulidad, como quieran ustedes definirlo, desde el punto de vista conceptual. En consecuencia, está claro también por qué no hay discusión en la doctrina, en la legislación ni en la jurisprudencia respecto a si los laudos arbitrales son irrevisables respecto a las motivaciones, a los criterios y a las decisiones que estos emitan respecto al fondo de la controversia. Lo que no es claro es cómo se debe garantizar la inviolabilidad del derecho de defensa, la tutela procesal efectiva y que esta solo pueda ser ejercida a través del recurso de anulación del Poder Judicial. Eso es lo que traigo para discutir. Es totalmente válido dentro de la autonomía de la voluntad de las partes que estas establezcan la posibilidad

que puedan someter el recurso de anulación a una revisión formal de la propia institución a la cual se han sometido para que administre su procedimiento arbitral. Tan es así que existen condiciones que las partes puedan pactar cuando celebran un convenio arbitral, y pueden pactar con claridad, por ejemplo, que para presentar el recurso de anulación se presente una carta fianza. Es una exigencia que las partes han establecido con relación a esa solicitud que tendrán derecho a presentar.

Pero así como hay exigencias contractuales, hay exigencias legales. La ley señala: si a usted le han violentado un derecho de defensa, tiene que haberlo hecho conocer al propio tribunal arbitral y, en consecuencia, tiene que haber reclamado previamente ese derecho supuestamente violentado. Artículo famoso: el artículo 11 de la Ley de Arbitraje: «La renuncia al derecho a objetar», e inclusive está pactado en la ley la posibilidad que, tratándose de un arbitraje internacional, para evitar el doble *exequatur*, yo pueda establecer que no habrá recurso de anulación en el lugar de la sede del tribunal arbitral, que sería el Perú.

En consecuencia, hay consideraciones, tanto de índole contractual como de índole legal que nos permiten llegar a la conclusión que el recurso de anulación es parte del proceso arbitral —también es una discusión, algunos consideran que no lo es, yo creo que es parte del proceso arbitral y no es parte del proceso judicial, tan es así que la casación no se va a regular por el CPC, sino por lo que dice la Ley de Arbitraje—, en el sentido de que solo habrá casación en la medida que se declare inválido el laudo arbitral. Con lo cual, digo que es posible someter la anulación del laudo ante la institución arbitral y no ante el Poder Judicial.

Creo que esta propuesta tiene ventajas porque se mantiene dentro del marco conceptual internacional de la Convención de Nueva York, en el sentido de que haya una instancia que genera el contrapeso necesario frente a cualquier invalidez con relación a la forma en que hayan sido sujetas las partes o la parte que se considera afectada en su derecho. Y, en consecuencia, garantiza un debido proceso, garantiza que

los involucrados puedan someter esa discusión ante el propio centro en el cual ellos confían, a través de una corte de arbitraje, de un consejo superior, en fin, de lo que esté reglamentado en esa institución arbitral, y nos evitaríamos jurisprudencias contradictorias, discusiones sobre si debe o no aumentarse las causales, si están o no dentro del concepto del inciso b) del artículo 163. Y esto, además, no inhibe lo ya señalado por el Tribunal Constitucional, porque las premisas señaladas en el caso María Julia por el TC, se mantendrían, evidentemente, vigentes para resolver cualquier violación dentro de los tres incisos que ha señalado el Tribunal Constitucional.

Creo que es una propuesta vanguardista, pero que tiene un sustento autónomo civilista y que permitiría, creo yo, un salto cualitativo en el futuro del arbitraje nacional.

Muchísimas gracias.

Quiero darle paso al doctor Ricardo León Pastor, quien nos va a comentar su experiencia práctica y todo lo que ha desarrollado con relación a la anulación del laudo arbitral.

Ricardo León Pastor: Muchas gracias.

Se me ha encargado trabajar esta idea de cuál es el estado de la cuestión en relación a anulación de laudos, pensando en la motivación. Quisiera traer a colación una antigua lectura de un gran intelectual italiano no hace mucho fallecido, Humberto Eco, quien tiene un texto bastante antiguo y poco conocido entre sus lectores que fue un artículo que denominó «Apocalípticos e integrados frente a la cultura de masas», de los setenta. En esa época, como semiótico, criticaba cuál era el surgimiento de las culturas de masas y la preocupación de muchos intelectuales de la época, contemplando la cultura de masas como un asunto que suponía el fin de la alta cultura. Luego, Eco retomó estas reflexiones posteriormente, cuando se empezó a burlar, por ejemplo, de la impronta de las

redes sociales en internet y donde criticaba durísimamente el tipo de comentarios que se hacían en las redes sociales, entendiendo que todo esto suponía, finalmente, el fin de la alta cultura o, en ese momento, él pensaba que era el fin del debate alturado.

Entonces, los apocalípticos, frente a la cultura de masas, son los que piensan que la cultura ha muerto a partir de su masificación grosera y populista que no trae ninguna apreciación de estética intelectual, etc., con relación, de alguna manera, a las muestras del mejor espíritu humano. Y los integrados —decía Eco— pensaban que, finalmente, la cultura de masas significaba una democratización de la cultura. Finalmente, por ejemplo, la televisión, el cine o la radio traían cultura y la miraban como buena cultura al para el pueblo en general. Entonces, celebraban, efectivamente, el hecho de que esta cultura de la televisión o de la radio sea transmitida y pueda llegar, eventualmente, a los pueblos de toda la humanidad. Como ven, dos tesis radicalmente diferentes respecto al mismo fenómeno, que era —si quieren ustedes— la popularización de los *mass media* y la transmisión de contenidos culturales a través de estos *mass media*.

Traigo la distinción introducida por Eco con relación a la motivación de los laudos arbitrales y me pregunto si entre nosotros hay apocalípticos e integrados frente a la motivación judicial. Y voy a terciar, finalmente, con una categoría que no arriesgó Humberto Eco, que es una perspectiva algo más aristotélica, lo más clásico.

No voy a decir si los abogados arbitralistas o los profesores de Derecho Civil o los profesores de Derecho Procesal Civil o los abogados que practican en arbitrajes, algunos son apocalípticos frente a la motivación del laudo arbitral, y dicen, en realidad, la motivación del laudo es una cuestión privativa de los tribunales arbitrales, en consecuencia, no debería ser controlada como una categoría de debido proceso. En consecuencia, los jueces nada tienen que decir respecto a la motivación, no deben meter sus narices en el laudo arbitral, desde el punto de vista del

razonamiento de fondo y el control de los méritos para tomar una decisión. Éstos serían los apocalípticos frente a la gran motivación. No quieren que nadie se meta con la motivación de los árbitros reflejada en los laudos arbitrales. Menos, como una cuestión, una categoría que pueda llevar a una anulación del laudo arbitral. Tenemos acá una visión bastante apocalíptica frente a la motivación: la motivación es privativa del tribunal y nadie debería meterse con esa calidad de motivación.

Los integrados frente a un concepto fuerte de motivación dirán: «Finalmente, los árbitros serán exigidos de hacer una muy buena motivación como la hacen los jueces. Finalmente, ha llegado una categoría fuerte de motivación también a la jurisdicción arbitral en la medida en que el arbitraje es jurisdicción». Entonces, deberían cumplir todos los deberes de la jurisdicción, entre ellos el deber clásico y categórico de motivar muy bien los laudos arbitrales. Al final, esta garantía y esta exigencia de motivación se ha democratizado o ha trasuntado del terreno judicial al terreno arbitral, del terreno arbitral al terreno jurisdiccional militar, y de ese al administrativo, y de ese al de asociaciones privadas que puedan, eventualmente, afectar derechos fundamentales, por ejemplo, de un asociado o de un socio. Este efecto y esta fuerza expansiva en los derechos fundamentales entre los cuales, sin duda alguna, hay un derecho al debido proceso y una protección de la garantía de la motivación, finalmente se han desbordado y han orientado y han penetrado toda actividad de toma de decisiones que puede afectar derechos fundamentales o, eventualmente, derechos disponibles como los derechos que se discuten típicamente en un arbitraje. Estos serían, entonces, los integrados pensando en que, efectivamente, es una buena noticia exigir una muy buena motivación de los árbitros.

La tercera categoría que me parece pueda ser pensada para analizar la cuestión es una más aristotélica, preocupada en el justo medio, el cual sería la justeza de una aproximación conceptual a este problema de la motivación del laudo arbitral. Y esa justeza la encuentro —podría darse— entre, por un lado, una no existencia de razones. No importa

que no sea una perspectiva vinculada a lo que podrían decir algunos integrados ni cómo el tribunal lidia con el arbitraje, lo que decida no será controlable en vía judicial. Entonces, no importa la motivación, finalmente, importa que se tomen decisiones, y si esas decisiones no les gusta a los que las reciben, es responsabilidad de las partes que designaron a ese tribunal. No existencia de razones, ése sería un extremo; el otro sería una existencia de razones, pero no cualquier razón, sino una razón, un razonamiento abundantísimo, muy vinculado a un criterio de corrección fuerte. Un gran razonamiento que haga que ese laudo arbitral de la comunidad jurídica pueda pensar que es esencialmente correcto.

Entre esos dos polos, tal vez una aproximación aristotélica nos indique ni lo uno ni lo otro. No una ausencia de razones, por un lado, que no sería tolerable, y no una cantidad de razones tal que haga discutir a la comunidad jurídica sobre la corrección de esa decisión. No tantas razones ni tan pocas o ninguna, sino existencia de razones.

Creo que es una aproximación que no se parece a la que mencionaba Gonzalo García, pensando en el futuro, en cómo terminar con ese sistema de control vía anulación de laudo; yo estoy pensando en lo que está pasando hoy, y lo que está pasando hoy en el Perú es que, efectivamente, tenemos mucha jurisprudencia en las cortes de Lima que año a año —al menos, la tengo rastreada entre el año 2011 y el año 2020— ha venido pronunciándose sobre diversas alegaciones de violación del debido proceso en la faceta de ausencia de motivación o motivación indebida como mecanismo de control del laudo arbitral. La respuesta de los jueces de Lima, a lo largo de los años, ha sido «el laudo debe contener razones».

¿Qué han dicho los jueces?: los árbitros tienen que motivar el laudo, que es garantía esencial del debido proceso. ¿Qué es motivar el laudo? Significa decir qué premisa gobierna el caso, cuál es la premisa normativa. Por ejemplo, han anulado laudos donde los árbitros han dicho: «Voy a aplicar equidad bajo el artículo X del Código Civil que permite al

juez en un caso de indemnizaciones, cuando la cuantía es de difícil determinación, que por equidad establezca algún tipo de decisión. Y eso está en el Código Civil y lo usan los jueces todos los días, incluso, lo usan los jueces de la Corte Suprema, pero cuando los árbitros lo deciden así y fijan un monto, los jueces de la Corte de Lima dicen: «No, eso no vale para los tribunales arbitrales, porque los tribunales arbitrales tienen que decir cuál es la regla y tienen que explicar cómo interpretan esa regla para llegar a determinar un monto. Así que no vale esto de alegaciones abstractas como la equidad, hay que hacer un esfuerzo mayor y determinar cuál es el contenido de esa regla específica que, finalmente, gobierna ese caso.

Las cortes también han dicho que los árbitros deben establecer con precisión la premisa de hecho. Y para establecerla deben decir no solamente qué sucedió, sino qué prueba básica establecen su razonamiento sobre hecho. ¿Qué tipo de decisiones han anulado? Decisiones donde, por ejemplo, no hay razonamiento sobre hecho porque el tribunal arbitral tiene que valorar la prueba, no solamente tiene que cortarla y pegarla. Tiene que hacer una aproximación valorativa, evaluativa y crítica respecto a la prueba que se ha producido en el proceso arbitral.

Nuestros jueces nos han enseñado esas cosas y creo, desde el punto de vista argumentativo, que nos las han enseñado bien. Un tribunal arbitral si quiere, finalmente, dotar de racionalidad a su laudo, tendría que hacer esos tres movimientos: 1. tendría que decir cuál es la regla que gobierna el caso, parte del debate procesal entre las partes; es decir, cómo se interpreta en el caso concreto; 2. debería decirnos cuál es el hecho que está establecido, por qué está establecido, qué medios probatorios nos permiten establecer, efectivamente, ese hecho como acreditado y no un hecho diferente o una alegación diferente efectuada por una cuarta contraparte; y, 3. el tribunal arbitral, si quiere que su laudo sea respetado desde el punto de vista lógico, debería conectar la premisa gobernante, premisa normativa, con la premisa que contiene el hecho

del caso para hacer un razonamiento congruente y deductivamente válido.

Creo que es un estándar suficientemente razonable donde los árbitros podríamos dormir tranquilos en relación a que, al menos, por estas cuestiones, el laudo no sea anulado en el sistema judicial limeño, por decirlo así. No tengo nada contra mis queridos amigos jueces de Cusco, Tacna, Arequipa o Iquitos, sino que es la jurisprudencia de Lima la que está sistematizada en esta base de datos que les cuento.

¿Qué posición se puede adoptar? Se puede adoptar cualquiera de las tres. Yo he escuchado las tres en muchos congresos, en muchas charlas, en muchas discusiones de café entre los apocalípticos frente a la motivación arbitral. Los integrados frente a la motivación judicial y entre lo que yo llamaría los aristotélicos frente a la motivación judicial.

Pero mi impresión es que en el gran número de casos que han sido llevados a anulación, los jueces limeños han sido deferentes con el tribunal arbitral y se han limitado a decir: «¿Aquí existen razones en este laudo?». Y cuando las han encontrado no han ido más allá e, incluso, en varias sonadas piezas judiciales han dicho: «a la Corte puede no gustarle el razonamiento del tribunal arbitral», pero la Corte no se va a meter con ese razonamiento porque, sobre el arbitraje no deben hacerlo y han sido deferentes con los tribunales arbitrales.

Sí es cierto que hay algunos casos donde la Corte no ha sido deferente, pero han sido muy contados realmente. En estos diez años, de más de mil recursos de anulación tramitados, he leído cinco o seis decisiones donde me parece, como un profesor de argumentación jurídica, la que Corte se ha excedido en el control de la motivación.

En la gran mayoría de casos, creo que los laudos han sido bien anulados. ¿Y esto por qué? Entenderán que es tan variado arbitraje que, finalmente, todo este tipo de decisiones arbitrales llegan en anulación.

El panorama es muy diverso, es realmente un caleidoscopio y he tenido oportunidad de leer, lamentablemente, laudos arbitrales de una gran pobreza intelectual que han sido llevados a la anulación. Por estas cuestiones creo que la gran mayoría de laudos que vienen siendo anulados tienen un problema de base de selección de ese tribunal y de falta de entrenamiento de ese tribunal para adoptar, finalmente, la tan cara misión y la tan difícil cuestión de arbitrar un caso real.

Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchas gracias, Ricardo. Vamos a darle el uso de la palabra a Rodolfo Miranda.

Rodolfo Miranda Miranda: Gracias, Gonzalo.

Se ha hablado de hacer que el laudo sea válido o, dicho en negativo, evitar su nulidad y permitir su ejecución en el Perú o afuera, conforme a las reglas de la Convención de Nueva York.

Quiero ir un paso más allá. Podemos hablar de directrices, buenas prácticas, etcétera. Para hacer un laudo hay que pensar en un edificio, los primeros pisos están vinculados a la validez y eficacia, en los que el Poder Judicial, en principio, no debería meterse a no ser que vea una barrabasada, no jurídica, sino una barrabasada con impacto constitucional en el debido proceso.

Esos primeros pisos están compuestos, en primer lugar, por la arbitrabilidad, o sea, el *due diligence* para un buen laudo empieza con la arbitrabilidad. Y ustedes saben que la arbitrabilidad es objetiva o subjetiva. Subjetiva refiere a que las partes puedan arbitrar y objetiva se refiere a que la materia controvertida sea susceptible de arbitraje, para lo cual hay que hacer todo un análisis vinculado a las pretensiones, a qué hay detrás y entender un poco cuál es el remedio que la parte está pidiendo. Por ejemplo, no podemos arbitrar si tal o cual energía pueda integrarse en el

COES, porque esa sería una decisión del Osinergmin o del COES o, de repente, del Ministerio de Energía y Minas, no de un árbitro privado. Sin embargo, el árbitro es competente para determinar si se puede imponer penalidades en este contrato de compraventa de energía.

Una vez que superamos el primer piso de la arbitrabilidad, entramos a un tema que yo le llamo el principio de cobertura. Partiendo de la premisa de que el arbitraje surge del consentimiento y, por excepción, también surge de la ley, como el caso peruano, donde tenemos arbitraje mandatorio por la Ley de Contrataciones, tenemos que ver que la disputa, en primer lugar, sea susceptible de arbitrar.

Una vez que vemos que sí es susceptible de arbitrar pasamos a la etapa de sobre qué se permite arbitrar, y para eso vienen las directrices de la IBA sobre redacción de convenios arbitrales, para ver si los convenios están redactados en forma amplia o no. Por ejemplo, vía convenio arbitral puedo excluir la ejecución de garantías hipotecarias o la ejecución de títulos-valores, o vía convenio arbitral puedo permitirle a una parte decidir si se va al Poder Judicial o no, o decir que ejecuto judicialmente las deudas derivadas de facturas entregadas, para evitarme todo el proceso de conocimiento, no en el sentido judicial, sino todo el debate probatorio arbitral.

Después, en el siguiente piso, que es la congruencia, hay gente que habla de la flexibilidad del arbitraje y confunde flexibilidad con libertinaje. Yo estoy viendo un arbitraje en el cual el demandante —soy abogado del demandado, una empresa pública— mandó los alegatos con ochocientas páginas de pruebas. Y lo que hemos hecho ahora es oponernos a las nuevas pruebas y diciéndoles: «Señores árbitros, el arbitraje es flexible, sí, pero que no se confunda la flexibilidad con el libertinaje», porque, justamente, las pruebas están llamadas a ser presentadas en la demanda, a no ser que se trate de prueba nueva, de hecho nuevo, y ahí aplicaremos toda la doctrina del hecho nuevo y la prueba nueva.

Vamos con la congruencia. Es lo que Devis Echandía dice: «es la identidad entre lo resuelto y lo pedido». Ya ustedes saben las congruencias *citra petita*, *infra petita*, *extra petita*, *ultra petita* o, mejor dicho, las incongruencias, el laudo debe restringirse a lo pedido.

Por último, arriba de eso, tengo el debido proceso, y ustedes saben que el debido proceso arbitral es distinto que el debido proceso judicial, pero tienen puntos en los cuales se interceptan. Hablemos un momento de los puntos en los cuales no se interceptan. No se interceptan, por ejemplo, en el derecho al juez natural. Está predeterminado por ley. Se interceptan en la motivación. No confundamos el estándar de motivación que debe tener una sentencia con un laudo. Les explico por qué. No confundamos recurribilidad con estándar de motivación. El laudo debe ser motivado, muy bien motivado. Lo que no significa que el remedio ante una motivación mediocre —vamos a usar la palabra mediocre expofeso—, sea la anulación. Este debido proceso arbitral es el derecho a presentar pruebas, a rebatir, a ser notificado de la designación de los árbitros, a ser notificado de los escritos, a tener un tiempo razonable para preparar la defensa, a aportar pruebas, cuando se pide una audiencia oral, en tanto que el reglamento lo permita o lo obligue, a que se me conceda la audiencia oral. Tiene una serie de elementos del proceso arbitral, también se tienen que respetar.

Entonces, la conclusión inicial es que tenemos que fijarnos en este edificio de cuatro pisos: arbitrabilidad, cobertura, congruencia y debido proceso. Una vez cumplido eso podemos hablar más de un tema de estilos, de recomendaciones de lo que podemos decir entre un buen laudo y uno malo. En mi joven experiencia, creo que si quieren ser buenos árbitros, tienen que revisar los laudos del Ciadi, en la web del Ciadi o en italaw.com. Hay buenos laudos que nos proveen un buen modelo. Creo que un buen laudo debería, más o menos, reflejar esta estructura.

El punto uno es los datos generales del arbitraje, o sea, dónde se dicta, la sede, el convenio arbitral, quiénes son las partes, etcétera. El segundo punto se lo escuché a Fernando Cantuarias y me pareció superinteresante, lo he implementado en algunos laudos, no en todos: un resumen del laudo. No sé si se acordarán de las resoluciones del Indecopi que tienen una sumilla en cursiva y negritas, en página y media te dicen cuál es el problema que ataca la resolución. Entonces, al lector le hacen la vida fácil. De repente, podríamos hablar de que los laudos podrían tener un resumen de página o página y media. En tercer lugar, hablaría de los hechos no controvertidos, o sea, los hechos en los cuales las partes están de acuerdo. En cuarto lugar, hablaría de los hechos procesales, pero no estoy hablando —y veo centros arbitrales que exageran— de los famosos «vistos» —«Con escrito, mediante escrito del 5 de enero, la parte demandante adjuntó los cincuenta soles (no estoy bromeando) que le faltaban del pago de la tasa»—. Eso no importa al momento de revisar el laudo. Hechos procesales son los escritos principales: demanda, contestación, alegatos; y, además, colocar textualmente cuáles son las pretensiones que voy a resolver, porque a la par del artículo 39 de la Ley de Arbitraje podría haber ocurrido que las pretensiones hayan cambiado en el tiempo. De ahí entramos a la parte de análisis. Ahí hay dos estilos: uno es resolver pretensión por pretensión; pero yo planteo un estilo distinto. Marcial Rubio, en *Introducción al sistema jurídico*, habla del famoso árbol de problemas. Lo que hago en mis laudos es que cuando tengo *issues* o asuntos comunes a todas mis pretensiones —algo que suele ocurrir—, primero me centro en los asuntos comunes y después, como cascada, resuelvo pretensión por pretensión por pretensión.

Por ejemplo: hay en disputa siete pretensiones, pero el tema se basa en la resolución y la indemnización. Entonces, primero hablo del problema. Y en el problema debemos tener otra metodología. Cuando voy a hablar de un problema, de una pretensión, la metodología es: a) posición del demandante; b) posición del demandado, todo separado por subtítulos; y c) posición del tribunal. Abordo cada categoría y la divido por elementos, de fondo y elementos de forma. El silogismo que

tiene es premisa general, premisa particular, conclusión. Entonces, hablo de resolución: si había incumplimiento, si había buena fe, si se intimó por carta notarial y eso era necesario, si la parte que efectuó la resolución estaba habilitada a resolver, si se intimó en mora, en fin, todas las preguntas que yo me haría para ver si una resolución es válida, y las respondo una por una. Al final, la conclusión: la resolución es válida o inválida. Una vez que termino mi análisis por temas comunes o por *issues*, de forma mucho más fácil y concreta, resuelvo penalidades y contratación pública.

Un error que veo en los tribunales es que tratan de meter mucho discurso a la parte decisoria. Por querer ser elegantes o redundantes, pueden generar la nulidad en su laudo, porque, a lo mejor, están metiendo conceptos en el decisorio propios del *holding* y generan una nulidad de laudo por *extra petita*.

Entonces, en el decisorio, yo les recomiendo decir, simplemente, «se declara la pretensión primera fundada. En consecuencia, se declara resuelto el contrato. Se declara la segunda pretensión infundada. En consecuencia, el demandado no le debe al demandante mil dólares», y, así, sucesivamente.

Para terminar. Lamentablemente, ustedes se han dado cuenta que una pésima costumbre en un laudo es tener de cien páginas y ochenta páginas de vistos. Cuando hacemos el análisis, que es la parte más rica del laudo, tengo una lista de preguntas que debemos hacernos. Primero, qué está pidiendo la parte; segundo, en abstracto, hablar un poco de la base conceptual sobre cuáles son los elementos de la pretensión que solicitó la parte. Les pongo un ejemplo. Los elementos de la responsabilidad civil son: antijuricidad, relación causal, el daño y el factor de atribución, que significan A, B, C, D, cosas. En consecuencia, el tribunal va a analizar cada uno de ellos: factor de atribución: ¿es dolo o culpa?; relación causal: ¿hay causalidad o se rompió?; daño: ¿hay daño emergente, lucro cesante?; factores atenuantes: ¿hay mitigación de daños, vínculos

de culpa concurrente? Después entro en concreto. Me tengo que preguntar si la parte pretendiente ha cumplido con probar los elementos jurídicos de la pretensión, tengo que ver quién tiene la carga de probar qué cosa. Pero si él me va a tomar un argumento de mitigación de daños, yo como víctima el daño no tengo que probar eso. Es el demandado el que tiene que probar la mitigación de daños.

Tengo que pensar quién tiene la prueba; quién tiene la carga de la prueba y quién la cumplió; qué hechos acepta y no acepta mi contraparte, por lo tanto, los hechos no controvertidos pasan a ser hechos que el tribunal los asume, a no ser que estemos en un caso de fraude; sobre quién recae la carga de la prueba; si se cumplió la carga de la prueba; si la norma está vigente; y, finalmente, me preguntaría si existen elementos que morigeran el pedido del demandante. Cuando hablo de morigerar el pedido del demandante, me estoy refiriendo a si hay elementos que reducen la cuantía de la pretensión. Repito, mitigación de daños, culpa concurrente o alguna otra defensa y también ahí viene el tema de quién es el llamado a probar las defensas, el demandante tiene que probar los hechos constitutivos de su pretensión; pero las defensas procesales o de fondo, la caducidad, la prescripción, la mitigación de daños, la culpa concurrente, las prueba el demandado.

Muchas gracias.

PANEL V: MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE CONCIENCIA

Arbitraje de conciencia

*Elvira Martínez Coco*¹

Un necesario replanteo del arbitraje de conciencia

*Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio*²

La importancia de la premediación en la resolución de controversias

*João Santos Oliveira*³

Mediación y arbitraje de conciencia

*Guillermo Miranda Arosemena*⁴

-
- ¹ Es árbitra Ciadi, designada por el Gobierno del Perú para el periodo 2018 al 2024. Elegida en la banda 1 por *Chambers Latin American Guide* en los últimos años y como líder del arbitraje en Perú por la revista francesa *Leaders' League 2021*. Participa en arbitrajes nacionales, internacionales, *ad hoc*, de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y de la Cámara de Arbitraje Internacional de París.
 - ² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con maestría en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual por la PUCP. Ex secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y árbitro consultor. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP y en el Postgrado de la Universidad de Lima y de la UPC. Vocal de la Sala Concursal del Tribunal de Indecopi.
 - ³ Abogado. Superintendente Regional del Consejo Nacional de las Instituciones de Mediación y Arbitraje. Presidente de la Comisión de Mediación del IBD Fund SE, posgrado en Derecho Procesal Civil. Profesor universitario; mediador capacitado por el Centro de Mediación de Mediaras, con especialidad en Mediación Familiar en Buenos Aires. Autor de los libros *Métodos adecuados de solución de conflictos. Una perspectiva en Brasil* (en español), *Paso a paso la mediación: dentro de una visión sistémica* (en portugués) y *La mediación paso a paso dentro de una mirada sistémica* (en español).
 - ⁴ Abogado. Presidente del Centro Peruano de Prevención y Solución de Conflictos (Cepscon), vicepresidente del Instituto de la Empresa Familiar del Perú, miembro del Consejo Directivo de Prodiálogo. Docente universitario y tiene un reconocimiento en el 2017 por el Ministerio de Justicia como primer conciliador del Perú y constructor de paz. Es miembro de la Comisión Interina de Lucha contra la Corrupción de la Cámara de Comercio de Lima. Es autor *La ética de líder, Liderazgo de la ética y Manual de conciliación*.

Arbitraje *express* y otras experiencias de arbitraje célere
*Carlos Castillo Rafael*⁵

La conciliación como medio de solución de conflictos
*Soledad Guerrero Olaya*⁶

⁵ Abogado, magíster en Filosofía. Catedrático y árbitro, asesor en arbitraje y conciliación en contrataciones. Presidente del Consejo Peruano de la Conciliación Extrajudicial.

⁶ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Conciliadora extrajudicial con la especialidad en familia, formadora y capacitadora de conciliadores extrajudiciales a nivel nacional. Árbitra extrajudicial con especialidad en laboral. Capacitadora en MARCS por la Academia de la Magistratura. Fundadora del Centro de Resolución de Conflictos de la PUCP. Directora del Centro de Conciliación de la PUCP.

Guillermo Miranda Arosemena: Se ha tocado temas muy importantes sobre el arbitraje, con bastante profundidad y conocimiento, pero también es importante dar una mirada a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos para la solución de controversias.

Le damos el uso de la palabra a la doctora Elvira Martínez Coco, quien va a tocar el tema «Arbitraje de conciencia».

Elvira Martínez Coco: Gracias. Se va a tocar tres temas tan interesantes como la conciliación, la mediación y el arbitraje de conciencia. Permítanme hacer unas reflexiones sobre cada uno de estos temas en voz alta.

La ley de conciliación o la conciliación en nuestro país fue un sueño del que participé hace más de veinte años. Para la elaboración del primer proyecto de ley que hizo que esto se convirtiera en un requisito de procedibilidad previo a someter cualquier controversia de derechos disponibles al Poder Judicial. Y fue un sueño hermoso alentado por la esperanza de descongestionar el Poder Judicial y que se solucionaran los conflictos de una manera amigable.

Hoy, después de tantísimos años, para mí es un sueño destruido, la historia de un fracaso, porque este requisito, en el que se supone tendría que haberse perdido en el camino tantísimas situaciones que no deberían de llegar al Poder Judicial, se ha convertido, prácticamente, en un mero trámite.

Me encantaría que me dijeran si mi percepción es correcta con números: ¿qué porcentajes de conciliaciones dan buenos resultados?; ¿cuánto hemos evitado que llegue al Poder Judicial?; porque mi percepción es que no hemos evitado mucho, y eso me llena de pena y

de tristeza. Pero siempre volvemos a recuperar la fe y yo quiero saber si puedo volver a recuperar la fe en la conciliación.

Luego tenemos el tema de la mediación, y en el tema de la mediación, la cultura en nuestro país no es mucha. Probablemente, João nos contará otra historia en Brasil, pero en nuestro país la mediación no es un medio de solución alternativa de conflictos que haya calado en la conciencia de quienes podrían utilizarla.

He tenido la suerte de haber participado en dos de las mediaciones más importantes en el país: una fue un total éxito y la otra fue un rotundo fracaso. La mediación exitosa fue entre dos de las compañías más importantes de nuestro país. Una a nivel minero y otra principal empresa suministradora que nunca habían tenido un problema en los más de veinte años que trabajaban en conjunto, hasta que surgió este problema tan grande que los dos estudios jurídicos más importantes de nuestro país que veían el asunto, y que lo vieron a través de sus socios principales, desgraciadamente, no pudieron hacerlos arribar a buen puerto.

Recuerdo que estos dos grandes estudios jurídicos vinieron a verme diciendo que habían decidido nombrarme mediadora única en este caso y que me pedían lograr lo que ellos no habían podido en más de dos años: llegar a un acuerdo útil para su vida futura en el negocio, y que, si no, pues, entonces, dijera lo conveniente.

Lo primero que les pedí fue, después de tener dos reuniones con ellos, en las que vinieron sus abogados, que solamente iba a continuar si los abogados no estaban presentes. Y así fue, pude entablar una mediación con cada uno de los actores de los que tenían realmente el problema y hacerles ver dónde estaba su patita coja, dónde estaba su patita buena, y poco a poco ir acercando posiciones hasta que, finalmente, logramos la mediación. Los empresarios involucrados, en verdad, les interesaba conservar esa relación comercial, y por eso creo yo que, finalmente, esta mediación terminó siendo un éxito.

En otra oportunidad, en un caso también muy importante, las partes habían acordado que se vería en una mediación. Éramos dos mediadores, un abogado y un ingeniero. Analizamos el caso, pero ya en esa mediación acordada por las partes, se había establecido un escalonamiento, de modo tal que si las partes no aceptaban nuestra recomendación, cualquiera de ellas estaba habilitada automáticamente para ir a un arbitraje. El escalonamiento no parecía que pudiera llevarnos a buen puerto, menos aún cuando después de la primera reunión se aparecieron cada uno de ellos con un equipo de ocho abogados de cada uno de los mejores estudios jurídicos del país. A partir de ese momento, esto se volvió una historia destinada solamente al fracaso. Obviamente que terminó en un arbitraje porque los abogados —y está bien que lo hagan— se enamoran de lo que van a decir, de la razón que han encontrado para su cliente, y lo convencen de que si termina yendo a un arbitraje, logrará tener la razón.

Entonces, no hay forma —por lo menos, para mí— de trabajar con estos actores para llegar a un verdadero acuerdo satisfactorio para ambos, en el corto plazo, con la presencia de abogados.

Así que mi consejo, señores, es que si quieren llegar a una mediación exitosa, saquen de su camino a los abogados.

Hablemos del arbitraje de conciencia. Seguramente, mi buen amigo, Paolo del Águila les va a decir, ya me lo adelantó, que esto está en desuso. Yo creo que el arbitraje de conciencia es un camino sencillamente extraordinario. Ya llevo sobre mis hombros más de dieciocho arbitrajes de conciencia y creo que son el mejor camino que he podido encontrar para hacer justicia. Me voy a explicar.

El primer arbitraje de conciencia que tuve fue el del laudo de la U con Gremco en el año 2007. Y en ese laudo senté las premisas, lo que sería mi futura actuación en arbitrajes de conciencia. Dije: «En primer

lugar, que el árbitro de conciencia, con total prescindencia de la profesión que ejerza, no puede dejar de utilizar las normas de orden público en el caso sometido a su análisis», por una razón que va de suyo, y es que las normas de orden público son de aplicación imperativa. No hay forma de que se las salten con una garrocha por acuerdo de las partes. Las normas de orden público se respetan sí o sí.

En segundo lugar, dije que cuando el árbitro de conciencia es un abogado, su conciencia, sin duda, es una conciencia jurídica. No hay forma de que alguien pueda quitar de mi cabeza las normas, forman parte de mi vida, están en mi interior. Las puedo utilizar en un arbitraje de conciencia sin ninguna duda. Se fueron en nulidad de un laudo que dictó Luciano Barchi Velaochaga porque había invocado el derecho en un arbitraje de conciencia. Por supuesto que la nulidad no prosperó, y no prosperó porque esta herramienta la podemos utilizar, pero la maravilla del arbitraje de conciencia es que nos permite apartarnos del derecho cuando esa norma no nos sirve para el caso concreto. Eso sí, apartarnos del derecho de manera fundada, expresando el razonamiento por el cual no aplicamos el derecho, sino aplicamos esta norma. Para mí, un arbitraje de conciencia no significa un cheque en blanco para hacer lo que nos dé la gana.

Un arbitraje de conciencia significa la posibilidad de crear, para ese caso específico, si es que el derecho nos da la herramienta adecuada, esa herramienta en particular.

Por último, solo quiero decirles que el arbitraje de conciencia no está muerto —a pesar de lo que les vaya a decir después Paolo— porque en contratación pública se usa en las asociaciones público-privadas, en las que de por medio están contratos muy valiosos como los contratos de concesión. Si ustedes revisan esos contratos en nuestro medio, van a encontrar que, normalmente, las cuestiones técnicas que no llegan a solucionarse, se dice que van a un arbitraje de conciencia. En este mo-

mento tengo varios arbitrajes de ese tipo y espero solucionarlos de manera adecuada y creativa con esta hermosa herramienta que espero no se destruya nunca.

Guillermo Miranda Arosemena: Muchísimas gracias a la doctora Elvira Martínez Coco.

Justamente, también sobre el tema del arbitraje de conciencia, damos la palabra ahora al doctor Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio.

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio: Muchas gracias.

Comenzaré diciendo que yo sí veo con gusto el arbitraje de conciencia, pero, al mismo tiempo, veo que su uso es bastante limitado porque los árbitros no estamos acostumbrados a arbitrar bajo los cánones de equidad o conciencia, por un lado, y por otro, la Ley de Arbitraje y la Ley de Contrataciones tampoco han ayudado en ese sentido.

Primero, una data estadística. Cuando entro en el mundo del arbitraje el 2003, cuando asumí la dirección del Centro de Arbitraje de la CCL, veíamos estadísticas y lo primero que me llamó la atención es que, más o menos, el 85-90 % de casos eran arbitrajes de derecho, en tanto, el 10 % a 15 % eran de conciencia.

He estado haciendo una suerte de repaso con varios de los secretarios arbitrales, tanto del Centro de Arbitraje de la Católica como de la Cámara, y un poco la respuesta que he recibido de varios es «Hace cinco años o más que estoy en este centro y nunca he visto un arbitraje de conciencia». De hecho, podemos decir actualmente que el arbitraje de conciencia en los centros de arbitraje es casi un error estadístico. Si encontramos 1 % o 2 % de arbitrajes de conciencia será bastante en función a la cantidad de arbitrajes de derecho existentes, ya sea porque están marcados así por la Ley de Contrataciones o porque la gran mayoría de cláusulas arbitrales en los arbitrajes comerciales privados

también te plantean el arbitraje de derecho o si no te lo plantean, la ley por defecto te induce o te lleva a un arbitraje de derecho.

En ese sentido hablo del desuso, lo cual no quiere decir que no me interese o no me parezca importante el arbitraje de conciencia, pero sí me parece que está en desuso. Por un lado, porque ya la Ley de Contrataciones nos dice «El arbitraje va a ser de derecho». No nos da la opción de pactar en contra, más allá de que en APP sean contratos de concesión, sobre todo cuando hablamos de arbitraje técnico sí te dan el marco del arbitraje de conciencia.

Un poco para responder a Elvira viene también el tema de que algunos árbitros no llegan a comprender del todo el arbitraje de conciencia. He visto laudos de arbitraje de conciencia y lo único que tienen de conciencia es el gorrito o título, pero si lo lees de cabo a rabo, es como leer un arbitraje de derecho, donde no aplicaron absolutamente nada de este poder discrecional o de ir al más allá que te da el arbitraje de equidad.

Eso en lo público; y en lo privado, de hecho, la Ley de Arbitraje de alguna manera le ha sacado el jugo a ese valor agregado que tenía el arbitraje de conciencia y se lo ha refundado al arbitraje de derecho. Lo explico con tres o cuatro cosas muy puntuales. La primera cuestión puntual es que la Ley de Arbitraje actual, en su artículo 22, ya no hace esa distinción o parte de esa premisa, un poco que la teníamos muy internalizada los que comenzamos viendo la Ley General de Arbitraje, donde el árbitro de derecho tenía que ser abogado y aplicar la ley, y el árbitro de conciencia podía ser —y muchas veces era— mejor que sea un no abogado y pueda aplicar el famoso leal saber y entender.

El artículo 22 de la Ley de Arbitraje actual ha reducido en algo esa posibilidad o casi casi la ha eliminado y, entonces, tenemos que, teórica-

mente hablando, podemos encontrar en el arbitraje comercial a no abogados haciendo arbitrajes de derecho, y así abogados haciendo arbitrajes de conciencia, con lo cual una comparación de antaño ahora ya no existe.

Un segundo tema que también creo que le ha jalado ese valor agregado el arbitraje de derecho al arbitraje de conciencia está referido al contenido del laudo. Si ustedes repasan o se acuerdan de la Ley General de Arbitraje de 1996, derogada el 2008, había una formulación diferente, dos artículos, incluso, que te decían: este es el contenido del arbitraje de conciencia y este el del arbitraje de derecho. Y, básicamente, en el arbitraje de conciencia era «mucho más sencillo» plantearlo porque no era necesario hacer una valoración de las pruebas, mientras ponga una fundamentación de hecho y derecho de las pretensiones y de las defensas procesales, cosa que el contenido del arbitraje de derecho sí debía tener. Sin embargo, el artículo 56.1 de la actual Ley de Arbitraje, solamente te dice «el laudo debe ser motivado», con lo cual no interesa si es de derecho o de conciencia, lo que importa es que se motive. Más allá de las disquisiciones que hemos escuchado en el panel anterior, el laudo arbitral de derecho y el laudo arbitral de conciencia van a tener una misma sintonía en cuanto a que debe ser motivado.

Y otro tema que también, a mi juicio, le ha quitado ese valor agregado que existía en el arbitraje de conciencia y se lo ha dado al arbitraje de derecho está ligado a las normas de fondo que van a utilizar los árbitros. La mayoría de reglamentos, si no todos —no recuerdo a uno que diga lo contrario—, siguiendo el canon del artículo 57.1 de la Ley de Arbitraje, dicen que las normas de fondo aplicables serán de derecho, salvo que las partes autoricen o que los árbitros utilicen equidad. Sé perfectamente que ese no es un corsé para los árbitros y, de hecho, también es bueno y saludable que estos entiendan que pueden usar principios arbitrales, así como los usos y costumbres mercantiles. Sin embargo, siendo que no solamente las normas han reorientado al arbitraje de derecho, lo han potenciado y han bajado la fuerza del arbitraje de conciencia, sino también la propia actitud de los árbitros,

encontramos que, en muchos casos, los árbitros son más proclives a utilizar en su argumentación, en su motivación, las normas jurídicas que los principios, usos y costumbres mercantiles, que en un arbitraje de conciencia son mucho más palpables y visibles. Por eso lo que decía, que la diferenciación, si uno lee un laudo arbitral de derecho y uno de conciencia, en la mayoría de los casos, la única diferencia es el título.

Hay una suerte, si me permiten el concepto, de fusión por absorción del arbitraje de conciencia a favor del arbitraje de derecho, donde este último le ha sacado sus principales activos en esta fusión, y donde eso no quiere decir que no se haya mejorado el arbitraje de derecho, sino que, de alguna manera, se ha desusado el arbitraje de conciencia. Al respecto, creo que cuando empezamos a no usar una institución o usarla muy poquito o a pactar en contra de una institución legal, lo que corresponde hacer es una reflexión acerca de la institución para ver si la derogamos o la reformulamos.

El reglamento arbitral, por ejemplo, en la CCL, en su artículo 21.3 dice que el tribunal decide la controversia en equidad, únicamente si las partes lo han pactado de manera expresa; el artículo 36 del Centro de Arbitraje de la Católica dice que el arbitraje es de conciencia cuando el árbitro resuelve conforme a sus conocimientos sobre la materia y su sentido de equidad; y el arbitraje de la CCI, que es un poco la mamá del cordero de todos los reglamentos arbitrales del Perú y de muchas partes del mundo dice, en su artículo 21.3, que el tribunal tendrá los poderes de amigable componedor o decidir *ex aequo et bono*, latinazgo que quiere decir en equidad o en pie de igualdad, únicamente si las partes de común acuerdo le han otorgado tales poderes.

Me da la impresión —y esta es una reflexión que puede ser no compartida por algunos—, que los reglamentos, en general, han puesto el arbitraje de conciencia en el más alejado y oscuro rincón del sistema arbitral, casi como una suerte de institución antigua, añeja, pero cuyo uso ya no es tan apetecible por los operadores del arbitraje en general.

En el arbitraje internacional podemos ver que hay una práctica similar en cuanto a las normas o reglamentos principales, con lo cual nos enfrentamos en el día a día. El artículo 42 del reglamento del Ciadi dice que las disposiciones de los precedentes apartados en este artículo no impedirán —se refiere a la aplicación de las normas jurídicas— al tribunal arbitral, si las partes así lo acuerdan nuevamente, decidir las diferencias *ex aequo et bono*, es decir, vía un arbitraje de equidad. Y el reglamento Uncitral tiene una disposición muy parecida a la que acabo de leer en su artículo 28.3. Moraleja: nuevamente, los principales reglamentos de centros nacionales, locales o internacionales orientan a decirle a sus operadores que aplican el arbitraje de derecho, y solo expresa y únicamente cuando las partes así lo requieran, hacen arbitraje de equidad. La pregunta es: ¿hay arbitraje de equidad? La verdad es que si uno logra encontrar data estadística, no va a encontrar demasiados arbitrajes de equidad.

De repente, un problema —y eso es una hipótesis que no la puedo demostrar—, en este momento es que el concepto mismo de «leal saber y entender», que enmarca en gran medida el concepto del arbitraje de conciencia, no queda tan claro, tan definido para todos. O, de repente, tiene muchas definiciones para todos, lo cual hace que pueda ser impredecible e incluso anárquico. Particularmente, pienso que el concepto de leal saber y entender no puede verse aislado del sistema jurídico. Por el contrario, en la equidad o en el leal saber y entender, a la hora de resolver una diferencia, una controversia, tiene que hacerse partiendo de la construcción del derecho.

Un poco siguiendo una idea de Fernando de Trazegnies: equidad no implica rechazar los criterios del derecho, sino ampliarlos de manera que el árbitro disponga de más poder discrecional para llegar a una solución adecuada. En ese sentido, el arbitraje de conciencia no autoriza, desde mi punto de vista, a violar una norma jurídica; por el contrario, el arbitraje de conciencia, justamente, para justificar ese ánimo de justicia que, a veces, la norma jurídica fría y positiva no nos puede dar, permite

al árbitro, al componedor o al juzgador, en general, usar otras categorías que no están en el ámbito jurídico y ahí la función complementaria o suplementaria que pudiera tener el arbitraje de conciencia o, incluso, ir más allá y usando esa discrecionalidad de la que también algunos autores hablan, darle un contenido mayor a la decisión que en el arbitraje de conciencia el árbitro va a tener.

Sí, en efecto, los usos que creo se pueden encontrar en un arbitraje de conciencia están, por un lado, ligados a la problemática de los vacíos o lagunas en el derecho donde el árbitro de conciencia, a través de la equidad, puede suplirlos, complementarlos y usarlos debidamente. Y también, recogiendo justamente de la cita de Fernando de Trazegnies, creo que hay un uso discrecional en muchos casos donde este rasgo subjetivo, o estos asuntos o pretensiones de índole subjetiva, pueden estar presentes como, por ejemplo, la determinación de indemnizaciones o la determinación de pago de cláusulas penales, que son ejemplos en donde muchas veces podemos ver poder discrecional en los árbitros, aunque algunos también cuestionan esto.

En conclusión, en primer lugar, pienso que el arbitraje de conciencia es un tipo de arbitraje objetivamente en desuso si nos remitimos a las frías cifras y a la estadística. No quiero decir camino a la extinción, pero sí quiero señalarles que es necesario un replanteo; en segundo lugar, el arbitraje de derecho vía las reformas legales ha agarrado mucho de estos principales activos que he mencionado del arbitraje de conciencia. Por un lado, bien, pero por otro, mal porque le ha sacado contenido el arbitraje de equidad, generando, al mismo tiempo, un tipo de arbitraje de derecho más potente, fruto de esa absorción que ha hecho de los grandes valores comparativos del arbitraje de equidad, pero donde también —y esto es una crítica a los árbitros, a nosotros, en general— no hemos sabido utilizar de buena manera, es decir, no hemos sabido potenciar ese arbitraje de derecho que ha terminado asumiendo o jalando muchas ventajas del arbitraje de conciencia; una tercera conclusión, es que los prin-

cipales reglamentos arbitrales locales e internacionales, si bien no desconocen el arbitraje de conciencia, lo relegan, desde mi punto de vista, y su aplicación siempre dependerá de un acuerdo expreso de las partes que la gran mayoría de veces, no se da; finalmente, el principal problema del uso del arbitraje de conciencia, a mi entender, es la indefinición del concepto de leal saber y entender. No puede ser una concepción anárquica del arbitraje, llamada a violar la ley en pro de la justicia, sino todo lo contrario, creo que debe conceptuarse como un uso que sirva para suplir vacíos, defectos o lagunas de las normas jurídicas, y también, por qué no, para usar facultades discrecionales del árbitro en algunos casos donde las normas positivas pudieran estar fallando o de repente, incluso, no ser justas.

Gracias.

Guillermo Miranda Arosemena: Gracias, doctor Del Águila.

Tenemos el gusto de presentar ahora al doctor João Alberto Santos de Oliveira que va a tocar el tema «Importancia de la premediación en la solución de controversias».

João Alberto Santos de Oliveira: Tengo mucho gusto de participar en el panel de mediación, conciliación y arbitraje de conciencia. Es nuevo el arbitraje de conciencia, no lo conocía aún.

Vi la preocupación de la doctora Elvira sobre el funcionamiento de la conciliación en Perú. En Brasil está un poco más avanzada la mediación y la conciliación. Conciliación y mediación son hermanas, y son maneras amigables de resolución de controversias, donde se estimula la cultura de la paz.

La cultura de la paz está siendo desarrollada en Brasil, y a través de las facultades y también en las escuelas con personas más pequeñas. Es necesario un cambio en la cultura. Yo asistí a muchas exposiciones y se

habla sobre conflictos, sobre el laudo arbitral, sobre la dación del laudo arbitral y nuestra propuesta es, justamente, la cultura de paz que aquí es la construcción de una mejor solución de las partes sin la interferencia en la decisión de un juez o de un árbitro. Entonces, ese cambio es necesario en los abogados desde la universidad. En Brasil ya muchas universidades tienen la disciplina en materia de mediación: métodos auxiliares de resolución de conflictos que incluyen la mediación, la conciliación y otros métodos.

En la realidad, necesitamos cambiar al abogado litigante por el abogado colaborativo. El abogado no está solamente para litigar por los derechos de su parte, el cliente, está también dispuesto a la resolución de los conflictos, muchas veces a través de una negociación con las partes contrarias.

Y hablando un poco ahora sobre la premediación, un tema que uso mucho en Brasil, justamente, es una preparación de las partes y de los abogados para una sesión de mediación. No sé en Perú cómo es. A veces, muchas resoluciones de conflictos se hacen en una sesión, y en esa sesión ya empiezan a discutir las propuestas y los conflictos. Y es muy importante utilizar la premediación.

La premediación es una preparación de las partes y los abogados para reunir en la sesión de mediación. Justamente, la premediación es utilizada para que el mediador informe cuáles son las reglas que serán utilizadas en la mediación. Entonces, el mediador, en contacto con las partes, propone un diálogo en el día de la sesión de mediación.

Cuando alguien procura un centro, una cámara de arbitraje o un mediador para hacer la mediación es porque esta persona o esta empresa no quiere resolver su conflicto a través de una decisión judicial, prefiere que ese conflicto sea justamente resuelto a través del diálogo, solo que la otra parte que está en conflicto tal vez no quiera. De esta manera, entonces, es preciso que la cámara o el mediador se comunique con la

otra parte, hable con la otra parte para que la convenza de participar en la sesión de mediación.

Muchas veces, como están en conflicto, las partes no quieren tener ningún encuentro y la función del mediador en esa fase de premediación es convencer a la otra parte para participar de la mediación. Muchas veces esa premediación ya es un deseo conmigo, se convierte en una mediación inseparable. Se empieza con la mediación, hablo con una parte inicialmente, la parte que inició la mediación, y después voy a hablar con la otra parte. Y esas reuniones por separado acaban siendo una mediación inseparable porque, a veces, una parte no quiere mirar a la otra parte. Y ahí continuamos con la mediación, todo en separado, y muchas veces en la reunión de la mediación las partes ya están preparadas y convencidas de que es mejor el diálogo entre las partes, y firman el acuerdo.

Yo participé en una mediación familiar durante un mes, fue en diciembre del 2019, en la cual hablaba con las partes y los abogados por separado, por teléfono, fue una mediación toda por teléfono. Luego el abogado me llamó y dijo: «João, ya terminamos. Ya está cierto. La mediación ya está terminada». Entonces, hubo un acuerdo solamente en la premediación.

En Brasil está siendo utilizada mucho la mediación. La justicia brasileña tiene estimulada la mediación en los foros, también en la mediación extrajudicial. Entonces, antes de resolver el conflicto por un juez, depende del caso, llevan los casos por mediación. La mediación en Brasil es casi así la clasificatoria: primero, hacer la mediación; después llevar para el juez estatal. Ahora tenemos dos casos de los que voy a hablar a ustedes, que son grandes tragedias que están siendo resueltos por mediación. Una tuvo 270 muertos y 18 desaparecidos. Fue en enero del 2019, y ahora en febrero del 2021 hubo un acuerdo, tal vez, el mayor acuerdo judicial de Brasil, a través de la mediación, hasta hoy en 30-32 billones de reales equivalente a 6 billones de dólares y en febrero fue

aceptado, se ha firmado el acuerdo para la Empresa Vale pagar ese acuerdo.

También está otro conflicto muy grande; en la ciudad João Pinheiro hubo un incendio y todas las personas tuvieron que salir del valle. Son siete mil propiedades que tuvieron que ser desalojadas, muchas personas. Y la empresa que explotaba era Braskem. Era una empresa de Odebrecht y ya está en proceso de mediación para que no siga el procedimiento por la vía judicial. Es una empresa que quiere resolver ese problema. Por eso, para que la mediación tenga éxito es muy importante que las partes, y también los abogados, que están en disputa estén dispuestos a encontrar la mejor solución para el conflicto. Por eso, el conflicto puede ser resuelto en un tiempo mucho más corto de lo que se espera por la justicia estatal de cualquier país.

Gracias.

Guillermo Miranda Arosemena: Muchas gracias. Ahora el uso la palabra a la doctora Soledad Guerrero Olaya, quien tocará el tema «La conciliación como medio de solución de conflictos».

Soledad Guerrero Olaya: Buenas noches con todos.

No es un fracaso la conciliación extrajudicial. Varios de los operadores de conciliación extrajudicial hacen que se vea como que fuera un fracaso, pero a los que verdaderamente hemos creído en la conciliación, como esas personas que somos los auxiliares, los facilitadores en la construcción de la cultura de paz, los agentes de cambio, los instrumentos de paz, no va a ser jamás un fracaso porque somos los que hemos entendido el objetivo de la conciliación extrajudicial. No es como, lamentablemente, muchos operadores y el órgano rector de la conciliación cree.

La conciliación no es un medio que está compitiendo con el Poder Judicial. Si bien es cierto se dice que sirve para decrecer la carga judicial,

no lo creo tan cierto si nosotros los operadores de la conciliación no entendemos el objetivo que tiene la conciliación extrajudicial de crear y fomentar la cultura de paz y no hacemos el trabajo como lo tenemos que hacer.

De que se vea la conciliación de esa manera tenemos gran culpa muchos de los operadores, y entre esos operadores están los centros de conciliación, con conciliadores que no tienen esta mística: gente de cambio, de instrumento de paz, porque también existen capacitadores que no tienen la pasión de trasladar a sus alumnos el conciliarse primero consigo mismo para luego aprender a ayudar a conciliar a los demás.

La conciliación debe verse como un apostolado. De los miles de miles de conciliaciones extrajudiciales que guarda en su estadística el Ministerio de Justicia, tengo la satisfacción de que el 75 % son conciliaciones efectivas. Eso significa, por lo menos, que esas partes han entendido que pueden ejercer el derecho cívico de resolver ellas mismas sus problemas, sin necesidad de encargarle a un tercero que dirima sus conflictos. Entonces, de ese 75 % de conciliaciones efectivas, también la estadística dice que un 48 % son de audiencias de conciliación con acuerdo total o con acuerdo parcial. Entonces, no estamos tan mal.

Digo algo, como conciliadora, como capacitadora y formadora de conciliadores extrajudiciales mi objetivo, en realidad, no es primero el ir a un acuerdo total o a un acuerdo parcial. Mi primer objetivo, si es que quiero lograr la cultura de paz, es ayudar a las partes con mis técnicas de comunicación y mis herramientas en el uso del proceso de conciliación extrajudicial, para que ellas restauren, en primer lugar, su relación y, en segundo lugar, mejoren su comunicación. He tenido casos de conciliación en los cuales ni siquiera han llegado a acuerdo total ni parcial. Se ha levantado por formalismo una falta de acuerdo, pero las partes, que venían totalmente encontradas, salían dándose un apretón de manos o un fuerte abrazo. Eso es construir paz. Eso me lleva a seguir formando y capacitando conciliadores extrajudiciales, pero con esta mística, para que

no se repitan esos errores que estamos viendo en otros operadores de la conciliación.

La conciliación extrajudicial no necesita de procedimientos tales como los procesos judiciales. La conciliación extrajudicial lo único que necesita es que seamos los operadores de la conciliación flexibles, informales y voluntarios, y respetemos el principio de la autonomía de la voluntad de las partes dentro de ese gran principio de la legalidad. Que no violen el ordenamiento jurídico legal vigente, sino, por el contrario, que empoderen a la ciudadanía para resolver problemas que no deberían ir al Poder Judicial, sino que ellos mismos, ayudados con este agente de cambio, podrían solucionar de la manera más creativa y real a las circunstancias e historia de vida y cultura de las personas. Cuando el conciliador extrajudicial no entiende, no conoce o no busca entender a los conciliantes como a ellos mismos es cuando se invierten los papeles y queremos darle solución a nuestra manera, pero el conflicto no es nuestro, es de ellos.

Creo que quien nace para ser conciliador nunca va a dejar de aprender a ser un conciliador porque cada día se le van a presentar nuevos conflictos, nuevas personas, quizás los mismos conflictos que han manejado de diferente forma. Nunca dejemos de enseñar: el conflicto no es bueno ni malo, es un proceso que convive con el hombre y que cuando nace necesita de la intervención del tercero para que, a partir de ese presente llamado «conflicto», ayudemos a construir un futuro de esperanza.

Y aquí me aprovecho en señalar que la legislación dice: «Las materias familiares son facultativas a conciliar». La experiencia que tengo en los centros de conciliación en los que opero es que el mayor número de conciliaciones que vienen son de temas de familia. Pero el conciliador ahí tiene que entender que el fin no es satisfacer los derechos de los padres, sino tener siempre presente la satisfacción, el cuidado y el respeto del interés superior del niño. Los padres vienen a conciliar para

esos terceros llamados hijos y, por lo tanto, el conciliador tiene que ser consciente de la realidad de esa familia que tiene delante, entendiendo la realidad de esa familia, su cultura, sus costumbres.

Es cierto, la conciliación civil y comercial requiere cierto cuidado, los abogados no nos podemos desligar de los conceptos jurídicos. Un conciliador en aspectos civiles y comerciales puede salirse de lo que ha aprendido en la universidad como abogado. Los abogados en conciliación deben de ser no solo conciliadores, sino deben de ser también idóneos en las materias que estamos llevando.

Quizás me dirán lo personal que es la conciliación, ahora por vías virtuales y cómo será. Ese es el arte que tenemos que aprender los conciliadores, a saber manejar, aun vía Zoom, el entendimiento, no solo de lo que escuchemos a las partes, sino de la forma como lo dicen. Por eso, el conciliador ahora está retado a seguir afianzando las técnicas de comunicación, a manejar la comunicación verbal y la no verbal, que es la que nos informa la forma como las partes dicen las historias o narraciones que nos dan.

Aun siendo árbitros o abogados, estemos donde estemos, debemos ser conciliadores. Conciliar es tarea de todos. Gracias.

Guillermo Miranda Arosemena: Muchas gracias. Tengo el gusto de presentar ahora al doctor Castillo Rafael.

Carlos Castillo Rafael: Muchas gracias.

Mi tema es «Arbitraje *express* y otras experiencias de arbitraje célere», donde se esperaría que la característica más importante fuese la celeridad, bien que, por cierto, no es adjetivo. La celeridad es quizás una de las cosas que siempre ha entusiasmado a la práctica de los mecanismos alternativos, quizás lo segundo haya sido la escasez de formalidades o la

menor regulación procesal frente a la rigidez en el proceso judicial estatal.

Estos dos elementos —falta de rigidez procesal y celeridad— han sido siempre los elementos que han llamado la atención de la práctica de los mecanismos alternativos. Eso pasó, en nuestro caso, en los noventa, con la atracción que, en un primer momento, trajo sobre ellos el arbitraje y la conciliación extrajudicial.

Lamentablemente, en el caso de la conciliación extrajudicial, la batalla, prácticamente, se ha perdido en la defensa no solamente de los fueros del mecanismo alternativo *per se*, sino que ya ni siquiera es posible hacer entender, a veces, a quienes tienen la batuta de la conciliación extrajudicial en nuestro país que no se debió haber traicionado el tema de la celeridad y de la flexibilidad con la cual la conciliación, en sus inicios, nació tal como les indican sus proyectos de ley fundacionales.

En un famoso proyecto de ley que da origen a la conciliación extrajudicial, presentado por el profesor Jorge Avendaño y por Lourdes Flores Nano, en su proyecto base, resaltaban que la conciliación debería ser auténtica con su naturaleza de mecanismo alternativo. Y ahí el principio de flexibilidad, conjuntamente con el de celeridad y confidencialidad era un triángulo que debía mantenerse a toda costa. Precisamente, no es solo una práctica diferente al proceso judicial, involucra características, usos, costumbres y estrategias diferentes al proceso judicial.

Pero esa flexibilidad del proyecto original fue menoscabada, prácticamente, a los pocos años de iniciada la conciliación extrajudicial, y ahora encontrar eso es imposible, y las cosas cada vez se endurecen más, incluso, en un escenario donde no se podría pensar en mayor rigurosidad procesalista. Ahora, por ejemplo, la conciliación virtual, recientemente promulgada por el Congreso, a fin de que la población pueda usarla sabiamente y con bastante facilidad, debiera tener una regulación bastante amigable, mínima. Un tema que es casi algo inédito en nuestro país, una

conciliación virtual, supone algunos elementos que van a tener que implementarse paulatinamente, tomando en cuenta que no estamos habituados, por ejemplo, a la firma digital, que va a tener que plasmarse en las actas de conciliación. Sobre todo, será muy importante cómo el Ministerio de Justicia establezca la regulación que ellos tienen a su cargo por sesenta días para regular este mecanismo, a fin de hacer viable la conciliación extrajudicial.

La verdad estoy un poco pesimista sobre ese porvenir. Ojalá me equivoque y haya un cambio de tuerca, pero no creo que eso sea posible porque la propia estructura de la conciliación extrajudicial está planteada de esa manera. De manera que hablar de la conciliación extrajudicial como sinónimo de celeridad, de flexibilidad, es, en nuestro país, algo contra natural. Ya no es así.

Lo que nos llama la atención es que el arbitraje que siempre defendió sus fueros, y tal vez eso ha sido el éxito del arbitraje en nuestro país, y lo digo en mi condición de haber pertenecido, por un lado, al ámbito estatal; en mi condición actual de árbitro, noto, sin embargo, de manera preocupante cómo esa celeridad y esa flexibilidad procesal, esa suerte de marcar distancia con el rigorismo procesalista de instancia jurisdiccional estatal, aparece no solamente en el caso de contrataciones con el Estado, sino en arbitrajes en los cuales sería impensable que eso pudiese ocurrir. En este momento estoy elaborando un laudo que va a poner fin a un arbitraje que, prácticamente, va a tener cinco años en materia de salud, pues es totalmente inaceptable. Ya, incluso, hay una suerte de hasta de pudor que uno siente, como árbitro, porque haya transcurrido tanto tiempo.

La conciliación ya había claudicado hace mucho tiempo, pero el arbitraje mantenía en su fuero la defensa de la seguridad y de esa flexibilidad, lo que se ha ido perdiendo con el tiempo y creo que se ha acentuado en los últimos años, casi como una respuesta involuntaria a las críticas, fuera de lugar y de tono, que se plantearon contra el arbitraje,

tras unos hechos relacionados con el caso Odebrecht y antes con el caso Orellana. Como reacción siempre se produce una suerte de exageración y satanización de la práctica arbitral, lo cual es totalmente inaceptable y un error.

Y, por otro lado, hay también una reacción de los propios árbitros de querer cuidarnos ante posibles recusaciones durante el desarrollo del arbitraje y tratamos, sobre todo en el caso de contrataciones, de ser más formalistas, con lo cual se va trastocando el sentido mismo de la práctica arbitral, porque el hecho de la flexibilidad no supone una pérdida de rigor ni una traición a la naturaleza procesal.

En lugar de ahondar en regulaciones procesales del arbitraje, para el tema de la corrupción del arbitraje, creo que más que castigar los tiempos procesales, las actuaciones arbitrales con más formalismos, de correrle traslado prácticamente de cualquier cosa que ocurre dentro de arbitraje, debiera ser poner los reflectores cada vez con mayor seriedad en los árbitros participantes. De esa manera, que el máximo control que las partes y los terceros pudieran tener en hacer el arbitraje, el Estado mismo, una sociedad que quiere controlar que el arbitraje sea de alta representación de las bondades de esta justicia privada particular, esté en exigirles mayores competencias a los árbitros. Competencias morales, competencias de transparencia, competencias de buenas prácticas, competencias que están establecidas en los instrumentos internacionales que permiten identificar cuándo un árbitro se está apartando ligeramente, medianamente o quizás ya se apartó de la neutralidad, de la independencia que debiera gozar y tener durante todo el arbitraje.

En lugar de tratar de forzar que el arbitraje se conduzca como si fuera un proceso, creo que debiera exigírsele mayores requisitos al árbitro. Pero requisitos que no tienen que ver especialmente con documentos. Un elemento importante es la trayectoria. De hecho, esa trayectoria en el arbitraje debiera ser el referente que se ponga por delante para la acreditación de los árbitros y no formalismos que, aparentemente, tienen

un ánimo de igualdad, de buscar la mejor performance del árbitro, pero lo que hacen es, simplemente, crear un espejismo.

Para concluir, considero que debe el arbitraje recuperar los fueros de su autonomía, que es una autonomía de la voluntad de las partes, no una autonomía del Estado que pretende regular en demasía el arbitraje, ya no solamente en contrataciones con el Estado, sino, sobre todo, el arbitraje particular, de naturaleza comercial.

Los árbitros no nos dejemos amedrentar por el hecho de creer que a más formalismos, a mayores rigores procesales dentro de un arbitraje, eso nos va a cubrir o dar garantías de un buen trabajo.

Finalmente, la conciliación extrajudicial debiera recuperar lo que en sus inicios tuvo y, sobre todo, retomar el mensaje, precisamente, de sus fundadores que nos enseñaron que tanto los mecanismos alternativos como el arbitraje y la conciliación son instituciones liberales que nacen de la libertad de las personas, y esa libertad celebro.

Muchas gracias.

Guillermo Miranda Arosemena: Muchas gracias. Quiero hacer un resumen de lo que se ha tocado, y si hay algún comentario de los panelistas o de los asistentes, con todo gusto.

Piensen que lo importante es la «con-ciencia». O sea, tiene que ver no solamente con el leal saber y entender, sino de un razonamiento profundo por el lado del árbitro de cuál es el sentido de la justicia.

En los sistemas de gestión de conflictos es interesante ver todos los MARC que nos ha tocado repasar en este panel. Tenemos los basados en intereses, o sea, lo que realmente necesitan lograr las partes, que son la negociación, la mediación y la conciliación, donde existe también la base de la confidencialidad. Y, luego, los que son basados en derechos

o la justicia que son el arbitraje y el juicio. Lo importante es que estos mecanismos de negociación, de mediación y conciliación se llaman «mecanismos autocompositivos» porque son las propias partes las que van a componer el resultado final del proceso. Y en el arbitraje y el juicio, mecanismos heterocompositivos, son los terceros los que van a componer el resultado final del proceso. Ya no es la negociación, donde las partes solas, sin ninguna otra persona, llegan a acordar, solucionar su problema y, en la práctica, el 80 % de situaciones se resuelven.

No todos buscan ir a mediación o a un juicio, el tema es no esperar a que se compliquen las cosas para resolver, porque se pierde tiempo, dinero, se enferman de una angustia. Si las partes solas no pueden negociar, entonces, acuden a la mediación o conciliación, para que el facilitador de comunicación, que es el mediador o conciliador, las ayude a encontrar soluciones mutuamente satisfactorias, es decir, atender ambos sus intereses y el interés del otro.

Hay una diferencia técnica muy simple entre la mediación y conciliación: el conciliador puede proponer fórmulas de arreglo y el mediador, a través de preguntas, ayuda a que las partes encuentren su propia solución. Pero en muchos países se llama mediación y en otros conciliación. En Estados Unidos es mediación; en Perú y Colombia es conciliación. En fin, la materia es casi la misma al final: facilitación de comunicación para que las partes logren acuerdos.

La negociación, por esto, es basada en intereses, es una negociación colaborativa, en que cada parte trabaja con la otra, se apoya en la otra porque ambas son dueñas de un problema común. La negociación en el arbitraje y el juicio es competitiva porque se busca que haya un ganador y un perdedor. Es como una competencia, una carrera.

De alguna manera, en una situación intermedia está el arbitraje de conciencia.

¿Cuáles son las diferencias entre la mediación, la conciliación y el arbitraje? La mediación y la conciliación son métodos autocompositivos, como hemos dicho, con una negociación colaborativa y afectan positivamente la relación entre las personas. Lamentablemente, la manera de medir el éxito de la conciliación o mediación de estos mecanismos ha sido cuantitativa. Bajo ese punto de vista es beneficioso, o sea, 60-70 % cuando las partes están presentes, llegan a acuerdo. Pero ¿qué ocurría? Estaban presentes muy pocas veces porque, lamentablemente, muchos colegas abogados prefieren el litigio, que profesionalmente puede ser más agradable y, además, más rentable, a que las partes encuentren su solución.

El primer artículo de la Ley de Conciliación dice que el objetivo es construir una cultura de paz, y la cultura de paz es cuando todo el mundo siente paz y, entonces, espontáneamente transmite paz. Lamentablemente, la conciliación extrajudicial se ha judicializado, se ha hecho como si fuera una etapa previa al juicio y no como un tema absolutamente distinto. El mecanismo alternativo debería ser el Poder Judicial, y el mejor mecanismo, la negociación y luego la mediación y conciliación.

El arbitraje, en líneas generales, es heterocompositivo, como hemos dicho, y aquí las partes no solucionan el conflicto por sí mismas, sino derivan al tercero que maneje la solución definitiva de las controversias y la negociación es competitiva y afecta negativamente la relación entre las personas, porque el perdedor se frustra. La diferencia entre el arbitraje de conciencia y el derecho: en el de conciencia, las partes pactan que las controversias que surjan se resuelvan en arbitraje de conciencia y el árbitro no requiere ser abogado; en el de derecho sí requiere ser abogado y se rige por lo que la ley dice. Quienes ponen las cláusulas en los contratos son los abogados y estos se sienten más confiados en que sean ellos los que defienden a su cliente en un arbitraje de derecho, que dejar a un tercero, que es el árbitro de conciencia, que sea el que resuelva con la mejor buena voluntad. Los árbitros resuelven controversias basados en conocimiento general, su leal saber y entender en el arbitraje de

conciencia, pero respetan los pactos y las normas imperativas. Y esto afecta en menor grado las relaciones que el arbitraje de derecho, porque, por lo menos, las partes pueden tener la sensación de que hay justicia. En el arbitraje de derecho yo gané ni siquiera porque la ley me dio la razón, sino porque probé mejor. El arbitraje de conciencia permite llegar a quién tiene la razón por último, y no quién lo prueba mejor. El laudo tiene que ser motivado en el arbitraje de conciencia. En el arbitraje de derecho el laudo debe ser motivado para el entendimiento de la situación y de conformidad con el ordenamiento jurídico.

¿Cuál es la recomendación que ha surgido de todo este panel?
¿Cómo usar los MARC para solucionar las controversias?

Primero, el trato directo a través de una negociación colaborativa. Luego, en los contratos que hago con las personas, con los clientes, siempre recomiendo que lo primero que se hace es buscar un trato directo, solución de trato directo o una negociación colaborativa. Si no llegan a un acuerdo, ahí sí buscar la mediación o conciliación. La ventaja es que la mediación está menos regulada en el Perú.

Gracias a una importante reforma de la Ley de Conciliación, con el Decreto Legislativo n.º 1070, la Ley de Arbitraje, y del Código Procesal Civil, con el Decreto Legislativo n.º 1069, la transacción extrajudicial, con firma legalizada tiene el valor del laudo, acuerdo de conciliación o sentencia firme.

Se puede aplicar la mediación para lograr acuerdo, pero si lo que uno quiere es ir al Poder Judicial, tiene que ir a la conciliación obligatoria en temas civiles, porque en familia y laboral es facultativo. Pero, la mediación sí se puede aplicar, y ojalá no se regule tanto como la conciliación. En la conciliación, los dueños del resultado son las partes y ahí están presentes, hay menos regulación cuando el dueño del resultado es un tercero que cuando son las partes, salvo el caso del arbitraje, cualquiera podría ser un centro de arbitraje y, al final, el laudo tiene valor de

sentencia. Sin embargo, en la conciliación todo está detallado en demasía y eso la ahoga a la conciliación. Por eso me gusta más la mediación, es más ligera, más flexible, las partes son las que mandan el desarrollo. Ojalá Perú suscriba la Convención de Singapur que daría nivel internacional también a la mediación para solución de controversias, ya de carácter comercial a nivel internacional.

Entonces, la recomendación es que si no hay acuerdo, se vaya a arbitraje de conciencia, que tiene que pactarse expresamente, como muy bien se ha mencionado, porque por lo menos deja entre las partes un sentido de justicia y permite que si hay un vínculo comercial entre estas, pueda continuar desarrollándose sin sentir que una parte abusó con la otra porque le ganó un juicio o un arbitraje de derecho.

¿Cuáles son las ventajas de los MARC que hemos mencionado? Son más rápidos, y tienen menor costo económico y moral. La Ley de Conciliación habla como principios de la celeridad y la economía. En realidad, esos no son principios, son beneficios, consecuencia de, porque el conciliador no está obligado a apurar a las partes para que sean rápidas en llegar a un acuerdo. El simple proceso en sí facilita que haya un acuerdo y es más económico que el Poder Judicial y también que el arbitraje. Preserva relaciones, se puede continuar haciendo negocios, tiene resultados predecibles y, además, construye paz que va a asegurar el desarrollo sostenible.

Gracias.

Karina Zambrano Blanco: Gracias, Guillermo. Me gustaría iniciar un breve debate. La doctora Elvira y Paolo tienen derecho a réplica en este panel en el mismo orden de exposición.

Elvira Martínez Coco: En el chat me preguntan: «¿Cuándo recomendar a nuestros clientes un arbitraje de conciencia? ¿Cuándo y en qué circunstancias este arbitraje tiene ventajas?».

En principio, creo que cuando las líneas jurídicas no son claras o son muy duras para ese caso en particular, creo que es necesario un arbitraje de conciencia, porque, como ya lo han hecho notar todos, proporciona mayor flexibilidad.

El problema es que ambas partes deben estar dispuestas a ello, dependerá mucho de ellos. Dependerá también de que quieran mantener su relación comercial y esto es sumamente importante. Me parece que el éxito del arbitraje de conciencia como el éxito de la mediación está, fundamentalmente, en aquellas situaciones en que existen conflictos entre partes que tienen relaciones comerciales prolongadas a lo largo del tiempo. Entonces, en ellas existe un mayor interés por solucionar el tema sin quedar lastimados. Puede ser que se lastime un poco el patrimonio de cada una de ellas, pero lo que no quieren es lastimar su relación comercial.

Hay otra pregunta que dice: «Entiendo que el arbitraje que dio origen a la sentencia del Tribunal Constitucional español del 15 de febrero del 2021 devino de un arbitraje de conciencia. ¿Conoces el caso?».

Sí, este ha sido un caso muy famoso y que surge, obviamente de un arbitraje de conciencia. Se pidió la disolución de una sociedad mercantil, la de Mazacruz, y eso fue porque había un abuso del socio controlante. El laudo, efectivamente, dijo que hubo ese abuso, pero fue anulado por una cuestión de violación del orden público y entre una de sus causales estaba la de la falta de motivación del laudo. Finalmente, esto fue a recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional de España. Esta es una sentencia de hace muy poquito, y el Tribunal Constitucional español terminó diciendo una cosa que ha sido muy aplaudida en el mundo entero, pero que no está siendo correctamente analizada, y es que, efectivamente, la motivación de los laudos es un requisito de configuración legal y no un derecho de orden constitucional, con lo que distinguió entre la

motivación de los laudos a la que están obligados los jueces constitucionalmente y la motivación de los laudos en el fuero arbitral. Y creo que se ha confundido porque terminan pensando que estamos hablando de un rango de motivación menor, pero también esa sentencia dice que el estándar es menor porque se trata de arbitrajes de conciencia, tiene que haber una mayor flexibilidad, no se le puede aplicar el estándar constitucional.

Mi querido Paolo, no sirven las estadísticas de los centros de arbitraje para medir el tema de las APP: en los contratos de APP se señala que las controversias técnicas llegan a arbitraje de conciencia, pero en esos arbitrajes de conciencia también se señala que son *ad hoc*. Entonces, lo que necesitamos son las estadísticas de los arbitrajes *ad hoc*, que no llegan a los centros arbitrales. Convengo contigo en que son la minoría, pero creo que no son una especie en extinción.

Un abrazo para todos.

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio: Respuesta directa. No he dicho ni creo que el arbitraje de conciencia sea una especie en extinción. Lo que creo es que es una especie respecto de la cual muchísimos árbitros le tenemos miedo, muchas dudas o, simplemente, no nos han explicado bien cómo es este «bicho raro» para saber usarlo debidamente.

Sobre la data, me baso en la existente, la de los centros. Nuevamente, gracias a todos.

Carlos Castillo Rafael: Hago votos para que en algún momento nuestro país pueda consolidar, definitivamente, los mecanismos alternativos.

Quizás, en un momento también sea una dupla indisoluble la conciliación y el arbitraje, creo que podrían juntos significar una buena alternativa para el público en el acceso a la justicia, y en la eficacia en la resolución de los conflictos interpersonales.

En el campo de las contrataciones con el Estado, falta darle ese acto de confianza a la conciliación extrajudicial, convertirla más decisivamente en la primera opción del Estado peruano para resolver conflictos de ese tipo, y el arbitraje como instancia definitiva ante esa imposibilidad del acuerdo.

Muchas gracias.

ACTAS DEL II CONGRESO INTERNACIONAL ON LINE DE ARBITRAJE,
CONSTRUCCIÓN, DISPUTE BOARDS, ABASTECIMIENTO Y
COMPLIANCE - 2021 DE LA ASOCIACIÓN ZAMBRANO
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MARZO DEL 2022, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

