

TERCER CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE 2009

**TERCER CONGRESO INTERNACIONAL
DE ARBITRAJE 2009**

**BIBLIOTECA DE ARBITRAJE DEL
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE
(VOLUMEN 12)**

PALESTRA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TERCER CONGRESO INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE 2009

Primera edición, noviembre 2010
Tiraje: 500 ejemplares

© MARIO CASTILLO FREYRE, editor, 2010
Av. Arequipa 2327, Lince
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© PALESTRA EDITORES S.A.C., 2010
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627
palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220 Lima - Lima - Santiago de Surco

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2010-16311

ISBN: 978-612-4047-47-3

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

TERCER CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE 2009

1. Ética de los árbitros Lorenzo Zolezzi Ibárcena	15
2. Independencia, imparcialidad y recusación Jorge Avendaño Valdez	37
3. El deber de la declaración Guillermo Lohmann Luca de Tena	47
4. ¿Confidencialidad o publicidad en el arbitraje? Nueva Ley de Arbitraje 2008 Fernando de Trazegnies Granda	53
5. El <i>client privilege attorney</i> vs. el secreto profesional María del Carmen Tovar Gil	63
6. Estándares de conflicto de interés Miguel Temboury Redondo	73
7. La experiencia arbitral peruana en los Tratados de Inversión Gonzalo García-Calderón Moreyra	83
8. El principio de flexibilidad en el arbitraje Mario Castillo Freyre	93

9. La experiencia arbitral española en los tratados de inversión Domingo Bello Janeiro	105
10. El voto disidente Edgardo Mercado Neumann	129
11. Problemas frecuentes en el arbitraje del Estado: Plazos de caducidad Mauricio Raffo La Rosa	149
12. Las ampliaciones de plazo como causal para iniciar un proceso arbitral en los contratos de obra regulados por la Ley de Contrataciones del Estado Ricardo Gandolfo Cortés	159
13. Forma de la prueba Franz X. Stirnimann Fuentes	195
14. Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo n.º 1071, nueva Ley de Arbitraje Ana María Arrarte Arisnabarreta	207
15. Rol de las instituciones arbitrales en el Perú Silvia Rodríguez Vásquez	243
16. Los costos en el arbitraje Marianella Ledesma Narváez	255
17. Diferentes normas y estándares de ética Hugo Perezcano Díaz	271

PRESENTACIÓN

La *Biblioteca de Arbitraje* de nuestro Estudio tiene el honor de presentar el volumen 12, que contiene algunas de las ponencias sustentadas con ocasión del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje, que se llevó a cabo en la ciudad de Lima en el mes de septiembre del año 2009.

Como se sabe, dicho Congreso se realizó entre el 7 y el 11 de septiembre de 2009, y fue organizando por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Embajada de Francia en el Perú y nuestro Estudio de Abogados.

El Congreso fue un éxito rotundo —siguiendo la línea trazada por el Primer y Segundo Congreso Internacional de Arbitraje, llevados a cabo en los años 2007 y 2008, respectivamente—, no sólo por la calidad de los expositores, sino también por la gran acogida que tuvo entre árbitros, abogados y estudiantes de Derecho.

Así, pues, como no podía ser de otra manera, quienes en aquella oportunidad organizamos dicho evento, no podíamos dejar pasar la oportunidad para reunirnos nuevamente, en un esfuerzo académico y editorial, y publicar el presente volumen que contiene las intervenciones de profesores nacionales y extranjeros que el público asistente pudo disfrutar.

Dentro de esta línea de compromiso, y teniendo en cuenta que la ética ha sido un tema que debe ser revalorado por los operadores del Derecho, uno de los puntos que se abordaron en dicho Congreso versó sobre el orden moral y ético en el arbitraje.

En ese sentido, el doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, profesor principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica

del Perú, aborda una materia de vital relevancia en el desarrollo del arbitraje. La «Ética de los Árbitros», nos dice el citado profesor, es un tema que preocupa y que debe ser especialmente analizado por los sujetos que tienen participación directa en un arbitraje, habida cuenta de que —finalmente— una de las principales labores de un árbitro es emitir un fallo y administrar justicia (al margen de los cuestionamientos referidos a la jurisdiccionalidad o no de las decisiones). En ese sentido, el ponente desarrolla temas de vital importancia que se vinculan directamente con la ética, y que están referidos a la independencia e imparcialidad —verdaderos pilares sobre los que se construye la base ética de la función arbitral—; los factores que se deben tener en cuenta al aceptar una designación para ser árbitro (con especial énfasis en el Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el Código de Ética de la ABA y de la AAA), los deberes frente al proceso arbitral, así como frente al debido proceso, entre otros.

Siguiendo con los conflictos éticos que trastocan diversas figuras del arbitraje, el doctor Jorge Avendaño Valdez, realiza un minucioso estudio sobre la «Independencia, imparcialidad y recusación», concluyendo en el hecho de que existe responsabilidad civil y hasta penal, cuando un árbitro se colude e incumple con los requisitos que la ley arbitral le impone para desempeñarse como tal. Evidentemente, se tendrá que estar atento a lo que la ley penal señala sobre el particular, toda vez que la legislación no es clara al respecto.

Complementando las ideas de los profesores mencionados, el doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena, realiza un análisis muy puntual y claro relativo a «El deber sobre la declaración», poniendo énfasis en los principios de imparcialidad e independencia que todo árbitro debe tener.

Por otra parte, el doctor Fernando de Trazegnies Granda pone en debate una serie de temas, aparentemente aún no resueltos, referidos a la confidencialidad o publicidad en el arbitraje, a propósito de la Ley de Arbitraje del año 2008. En ese sentido, hace referencia al hecho de que el área de la confidencialidad-publicidad puede ser analizada

desde cuatro temas principales, a saber: la confidencialidad sobre la existencia misma de la controversia que está siendo conocida por un Tribunal Arbitral, la confidencialidad del proceso durante su desarrollo, la confidencialidad de los documentos y testimonios que se presenten en el arbitraje, y, por último, la confidencialidad o publicidad de los documentos que produzca el Tribunal como consecuencia del arbitraje.

Posteriormente, la doctora María del Carmen Tovar Gil nos ofrece una exposición muy clara y delimitadora de dos conceptos que, en apariencia, vendrían a ser lo mismo: «El *client privilege attorney* vs. el secreto profesional», toda vez que en ambos casos se trata del reconocimiento de confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente. Así, pues, lo que en puridad tenemos en nuestro país es el secreto profesional, reconocido por las leyes y delimitado también por nuestro Tribunal Constitucional. A lo largo de este estudio, la ponente plantea la idea de que ambas figuras persiguen el mismo principio, aun cuando en el secreto profesional se resalte más la protección a la obligación profesional y en el caso del *attorney client privilege* se ponga énfasis, más bien, en un reconocimiento al principio fundamental de garantizar la justicia. Finalmente, aconseja que, sin importar la citada diferencia, y debido al ámbito geográfico en donde uno se encuentre, deberán tomarse los cuidados necesarios para acudir a cada una de estas figuras.

A su turno, el Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid, doctor Miguel Temboury Redondo, aborda el tema de los «Estándares de conflicto de interés», reiterando su posición en el sentido de que en materia arbitral, el conflicto de interés es mucho más estricto que en sede judicial para la ley española. Con el propósito de demostrar su hipótesis, también hace mención a una serie de casos de jurisprudencia reciente, destacando la sentencia dictada por la Corte de Apelación de París, de febrero del 2009, a través de la cual se anula un laudo dictado en un arbitraje de la CCI, por falta de independencia e imparcialidad del tribunal arbitral.

Asimismo, el presente volumen contiene la ponencia del doctor Gonzalo García-Calderón Moreyra, quien, dentro de la misma línea seguida por su antecesor, nos ofrece un estudio detallado acerca de «La experiencia arbitral peruana en los Tratados de Inversión».

Por otra parte, el presente volumen también contiene un estudio sobre «El principio de flexibilidad en el arbitraje», en donde el suscrito analiza lo establecido por el inciso 1 del artículo 34 del Decreto Legislativo n.º 1071 (Ley de Arbitraje). Así, señaló que esta norma no es la más feliz, al margen de que esté cargada de las mejores intenciones; y es que una buena norma procesal, es la que garantiza la equidad y la justicia, tanto en manos de un excelente tribunal arbitral, como empleada por un tribunal que no revista tales características profesionales y éticas.

De otro lado, el profesor Domingo Bello Janeiro recoge en su ponencia, la experiencia arbitral española en los tratados de inversión. Así, realiza un detallado análisis sobre el concepto de arbitraje, el convenio arbitral, los antecedentes de la actual legislación, las leyes que prevén sistemas arbitrales, los principios del procedimiento arbitral, los caracteres del arbitraje, la flexibilidad, la eficacia y los principios básicos del arbitraje, concluyendo con un recuento referido al fomento de la cultura del arbitraje, en especial, en el ámbito internacional de inversión.

Ahora bien, una materia poco discutida en sede arbitral es la que aborda el profesor Edgardo Mercado Neumann, a través de la ponencia que titula «El voto disidente». En dicho análisis hace referencia a su experiencia personal, realizando una breve reseña de los más importantes casos que ha vivido, en los que el denominador común es que el tribunal arbitral ha laudado no como un órgano colegiado, sino de manera independiente, sin la coordinación que en estos casos debería existir. En ese sentido, hace referencia a la legislación nacional que prevé este tipo de situaciones y a los modelos que adoptan las leyes de otros países y que hacen referencia a diversas clases de votos, como el particular, el disidente y en mayoría, entre otros. Finalmente, la ponencia concluye ofreciendo doctrina especializada, poniendo énfasis

en los juristas más importantes que se han pronunciado sobre este particular.

Por otra parte, el doctor Mauricio Raffo La Rosa, aborda los problemas más frecuentes dentro del campo del arbitraje con el Estado, analizando específicamente el tema de los plazos de caducidad para someter una controversia a arbitraje derivado de un contrato con el Estado.

El doctor Ricardo Gandolfo Cortés analiza el tema de las ampliaciones de plazo como causal para iniciar un proceso arbitral en los contratos de obra regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1017, destacando que este cuerpo normativo no introduce mayores novedades en comparación con la ley anterior. Asimismo, analiza la importancia del tema de las ampliaciones, señalando que el objetivo primordial de todo contrato con el Estado es el cumplimiento del plazo pactado.

De otro lado, el doctor Franz Stirnimann desarrolla un tema trascendental dentro del proceso arbitral: la actuación probatoria, poniendo énfasis en los problemas que revela la práctica de la prueba en un arbitraje internacional, toda vez que resulta ser un tema más complicado, por las diferentes tradiciones o culturas jurídicas que se confrontan.

Luego, la doctora Ana María Arrarte aborda la ejecución de los laudos, regulada en el Decreto Legislativo n.º 1071. Así realiza un análisis en torno a los supuestos en los que se presenta la ejecución de un laudo, a saber: (i) Cuando las partes otorgan a los árbitros facultades de ejecución, siempre que éstas no impliquen el ejercicio directo de la fuerza pública; y (ii) Cuando la ejecución del laudo sea judicial, caso en el cual nuestros jueces deben realizar una labor de carácter estrictamente complementario, por lo que su actuación se regirá y limitará por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.

La doctora Silvia Rodríguez analiza el rol que desempeñan las instituciones arbitrales en el Perú y la regulación que merecen en el

Decreto Legislativo n.º 1071, desarrollando la pregunta relativa a si la nueva norma propicia el surgimiento o crecimiento de las instituciones arbitrales y si de alguna manera las fortalece.

A su turno, la profesora Marianella Ledesma desarrolla el tema de los gastos arbitrales dentro del arbitraje, resolviendo interrogantes, tales como ¿quién asume los gastos? y ¿cómo se hace ese reparto?, en el marco de la nueva legislación. Además, plantea algunas reflexiones sobre la discreción de los árbitros para graduar la devolución de los referidos gastos.

Finalmente, la presente obra concluye con la materia protagonista de este volumen: la ética. En efecto, el doctor Hugo Perezcano, analiza los diversos estándares de ética que se desarrollan en distintas normas del Sistema del Arbitraje, como por ejemplo en el convenio del CIADI, en los Códigos de Ética del American Arbitration Association, y otros.

Como podrá observar el lector, el presente volumen aborda la problemática actual del arbitraje, aclarando conceptos y, finalmente, contrastándolos con la ética, tema principal alrededor del cual debería girar toda figura ligada a la justicia.

Sólo nos queda añadir la enorme satisfacción que para nosotros significa presentar a la comunidad jurídica esta obra, que ratifica nuestro compromiso con el arbitraje.

Mario Castillo Freyre*

Lima, septiembre del 2010

* Mario Castillo Freyre, Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje* y de *Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com

1.

ÉTICA DE LOS ÁRBITROS

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

ÉTICA DE LOS ÁRBITROS

*Lorenzo Zolezzi Ibárcena**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Dádivas y favores.— 3. Independencia e imparcialidad.— 4. Factores a tener en cuenta al aceptarse una designación para ser árbitro.— 5. Deberes frente al proceso arbitral.— 6. El deber de confidencialidad.— 7. Deberes frente al debido proceso.— 8. El deber de abstenerse de entablar comunicación con las partes.— 9. Publicidad de la función arbitral.— 10. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Independientemente de la posición doctrinaria que se asuma acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, es incuestionable que el árbitro, al igual que el juez, administra justicia, es decir, pronuncia el derecho y compone un litigio, emitiendo un fallo que adquiere la autoridad de cosa juzgada, con las notas características de ésta, que son la inimpugnabilidad y la inmutabilidad.

Esta función confiere al juez como al árbitro, un poder extraordinario y requiere de él, para obrar con justicia, una gran independencia e imparcialidad, un sentido de la equidad, un conocimiento cabal de las técnicas jurídicas, tanto en lo atinente al fondo como al proceso (tratóndose de un arbitraje de derecho), una comprensión de los problemas extrajurídicos implicados en la decisión que habrá de tomar y, muy especialmente, una conducta ética intachable.

* Profesor principal y ex Decano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. DÁDIVAS Y FAVORES

La corrupción judicial es un fenómeno que no puede ser negado y que ocurre en todos los países del mundo. Con frecuencia está asociada con la solicitud y/o la recepción de sumas de dinero o bienes, que compran la conciencia del juez y tuercen su mano a la hora de redactar su sentencia. Es por ello que no es infrecuente que se consigne el fenómeno en forma explícita en los Códigos de Ética Judicial, tal como lo hace el Proyecto elaborado por el doctor Rogelio Llerena, que en su artículo 41 dice: «El juez debe rechazar toda forma de dádiva o ventaja directa o indirecta, incluidas las formas testamentarias, que le sean ofrecidas con el propósito explícito o implícito, directo o indirecto, de conseguir alguna ventaja en el proceso sometido a su jurisdicción o que pudiera llegar a estarlo por razón de su competencia jerárquica, aun en el caso de que la pretensión fuera justa o legítima según su criterio».¹

Este enunciado, complementado con la obligación de denunciar y con una actitud más benigna, también de rechazo, pero sin denuncia, cuando se trata de formas culturales específicas, se complementa en el artículo siguiente con su extensión a los obsequios, atenciones, agasajos, homenajes y otras formas encubiertas de corrupción. Y más adelante, el artículo 43 abarca situaciones menos burdas, como «Cuando, sin que medie ofrecimiento o aceptación de su parte, el juez se encuentre ante hechos consumados, tales como abonos en cuentas bancarias, cancelación total o parcial de obligaciones, legados o becas», hechos todos que imponen el deber de rechazarlos y denunciarlos.²

Las formas de corrupción en el arbitraje son más sutiles y los Códigos de Ética no incluyen situaciones como las descritas o contienen fórmulas muy atenuadas, como el Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que en el inciso 3 de su

¹ LLERENA QUEVEDO, J. Rogelio. *Código de Ética Judicial. Proyecto*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 78.

² *Ibid.*, p. 79.

artículo 8 señala: «Ningún árbitro puede, directa o indirectamente, aceptar favores o atenciones dignas de mención de alguna de las partes, sus representantes, abogados y asesores».

3. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

En el arbitraje, las áreas más sensibles y, consecuentemente, más propicias para generar situaciones reñidas con la ética, se encuentran en las relaciones de negocios o servicios profesionales que pudieran existir entre los árbitros y las partes, máxime si se tiene en cuenta que es costumbre generalizada que las propias partes designen a sus árbitros.

Es por ello, que los Códigos de Ética empiezan enfatizando las cualidades de independencia e imparcialidad que deben ser los pilares en los que se sustente la fortaleza ética de los árbitros. La independencia alude, como su nombre lo indica, a que nadie puede ser árbitro en su propio caso o en el caso de personas con las que se poseen vínculos de negocios, profesionales o de trabajo que participan, conjuntamente con el árbitro, en las pérdidas o ganancias que habrán de derivarse de la decisión que se tome.

Las Guías sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional de la International Bar Association (IBA), aprobadas el 22 de mayo de 2004, y que a mi entender son también de aplicación al arbitraje nacional, contienen siete estándares generales, relacionados todos con los conceptos de imparcialidad e independencia.

Su metodología consiste en presentar situaciones que van de las más graves a las menos graves. Las más graves las incluye en la lista roja, que es aquélla que responde a un *test* objetivo, que se define en función de una tercera persona razonable que al tener conocimiento de los hechos relevantes concluirá que existe un conflicto de intereses objetivo. La lista roja se divide, a su vez, en dos categorías: (i) la no excusable, que incluye situaciones que se derivan del principio según el cual ninguna persona puede ser su propio juez. Por ello, la revela-

ción de tales circunstancias no puede remediar el conflicto; (ii) la lista roja excusable comprende situaciones que son serias, pero no tan severas; pueden ser excusadas cuando las partes, plenamente conscientes del conflicto de interés, expresamente manifiestan su voluntad de que tal persona actúe como árbitro. Un segundo nivel de gravedad está comprendido en la lista naranja, y responde más bien a un criterio subjetivo que depende del juicio que realizan las propias partes. Se trata de situaciones que deben ser reveladas por los árbitros y que las partes pueden convalidar o utilizar para efectos de una recusación. Finalmente, existe la lista verde, que contiene situaciones que no sugieren la existencia de un conflicto de intereses desde un punto de vista objetivo, de manera que el árbitro no tiene el deber de revelar.

Las situaciones contempladas en la lista roja no excusable son las siguientes: (i) el árbitro es el representante legal de una entidad que es parte en el proceso; (ii) el árbitro es gerente, director o tiene una capacidad de control sobre una de las partes; (iii) el árbitro tiene un interés financiero significativo en una de las partes o en el resultado del proceso; (iv) el árbitro asesora regularmente a la parte que lo ha designado, y el árbitro o su Estudio derivan de dicho asesoramiento un ingreso financiero significativo.

En la lista roja que contiene situaciones excusables o dispensables se mencionan, en una lista que es simplemente enunciativa, situaciones como las siguientes: (i) el árbitro posee acciones, directa o indirectamente en una de las partes o en una entidad asociada a una de las partes; (ii) un miembro cercano de la familia de un árbitro tiene un interés financiero significativo en el resultado del proceso;³ (iii) el árbitro es abogado en el mismo Estudio que asesora a una de las partes; (iv) el Estudio de Abogados del árbitro ha tenido que ver en el pasado con el caso, pero dicha relación ha terminado y el árbitro no tuvo ninguna participación.

³ La expresión miembro cercano de la familia alude a cónyuge, hermanos, hijos y padres.

La lista naranja, como se ha visto, se refiere a situaciones también vinculadas con el concepto de independencia, que el árbitro debe revelar, pero que las partes pueden dejar pasar si no recusan en el término previsto. Es interesante puntualizar que las revelaciones, especialmente en la lista naranja, no presuponen una descalificación por haberse incurrido en los hechos que se declaran. «El propósito de la revelación es informar a las partes de una situación que ellas quisieran explorar con más detenimiento para determinar si objetivamente, es decir, desde el punto de vista de una tercera persona razonable, pueden abrigarse dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro».⁴

Algunas de las situaciones listadas son las siguientes: (i) en los últimos tres años, el árbitro ha sido designado como tal en dos o más ocasiones por una de las partes o un afiliado de una de las partes; (ii) el árbitro y otro árbitro son abogados en el mismo Estudio; (iii) un miembro cercano de la familia del árbitro es socio o empleado de la firma de abogados que representa a una de las partes, pero es ajeno a la disputa en particular; (iv) existe una amistad personal cercana entre un árbitro y el abogado de una de las partes, que se demuestra en que pasan considerable tiempo juntos sin tener relación con compromisos de trabajo o con las actividades de asociaciones profesionales u organizaciones sociales a las que ambos pertenecen.

La imparcialidad es un concepto distinto al de independencia. En mi opinión, está gobernada por consideraciones de carácter subjetivo. Por ejemplo, si un tratadista ha logrado imponer una determinada interpretación jurídica en la doctrina y, siendo árbitro uno de los abogados, se adhiere a su teoría, podría sentirse inclinado a favorecer la posición defendida por éste. O un viejo maestro universitario, árbitro en un caso, encuentra que uno de los abogados es un antiguo discípulo por quien siempre tuvo alta consideración intelectual. La International Bar Association no distingue entre independencia e

⁴ *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*. Approved on 22 May 2004 by the Council of the International Bar Association, p. 18.

imparcialidad en estos términos, basándose en el artículo 12 de la Ley Modelo de UNCITRAL en Materia de Arbitraje Comercial, que los menciona sin definirlos. Prefiere, como lo expliqué líneas arriba, emplear los *tests* de objetividad para la descalificación y subjetividad para la revelación.

La última de sus listas, la verde, contiene situaciones referidas tanto a la independencia como a la imparcialidad, en los términos que yo he definido, pero que no es preciso que sean reveladas por parte de los árbitros. Por ejemplo, (i) el árbitro ha publicado previamente una opinión general (como un artículo en una revista jurídica o dado una conferencia pública) relativa a un tema que surge en el arbitraje, pero que no se focaliza en el caso; (ii) el árbitro tiene una relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes a través de la membresía en la misma asociación profesional u organización social; (iii) el árbitro y el abogado de una de las partes u otro árbitro han actuado juntos como árbitros o abogados.

Como se acaba de ver, las situaciones que pueden presentarse son múltiples y variadas, y pueden afectar tanto la independencia como la imparcialidad del árbitro. Para evitar situaciones contrarias a la ética, las instituciones arbitrales han establecido el deber de declarar o revelar situaciones que pueden dar la impresión de tener algún impacto en la independencia o la imparcialidad del árbitro. En este punto se debe tener cuidado de no exigir revelaciones por asuntos intrascendentes, pues se corre el riesgo de fomentar recusaciones innecesarias y, en general, de erosionar las bases del arbitraje. En este sentido, considero adecuada la reflexión contenida en las guías de la International Bar Association: «Las revelaciones innecesarias a veces plantean la incorrecta implicancia en las mentes de las partes en el sentido de que las circunstancias reveladas podrían afectar la imparcialidad o independencia del árbitro. Así, las revelaciones excesivas socavan la confianza de las partes en el proceso».⁵

⁵ *Ibid.*, p. 11.

En esta línea de pensamiento, me parece excesivo el deber de informar de la relación de amistad íntima o frecuencia en el trato con alguno de los abogados o asesores, contenida en el acápite b. del punto 3 del artículo 6 del Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. En algunas áreas, como la del Derecho Marítimo, por ejemplo, los profesionales especializados son muy pocos y a menudo intercambian roles, es decir, en algunos casos algunos son árbitros y en otros abogados de las partes, para invertirse esta situación, eventualmente, en algún nuevo caso. Todos integran la Asociación Peruana de Derecho Marítimo, asisten a los mismos Congresos Internacionales y mantienen una sólida amistad (no me atrevo a utilizar el término «íntima» que emplea el Código bajo comentario).

Sin embargo, en varias ocasiones he ejercido la presidencia de tribunales en casos de Derecho Marítimo y he podido apreciar que ejercen la defensa o el rol de árbitros con absoluto apego a estándares éticos y profesionales, y no me atrevería a pensar que la amistad que los une tiene algo que ver con su desempeño profesional.

Algo similar puede decirse de lo regulado en el acápite c. del punto 5 del mismo artículo 6 y en el punto 3 del artículo 8. El primero alude a «la existencia de cualquier relación anterior mantenida con los otros árbitros, desarrollada en un período no mayor a cinco años previo a la declaración, incluyendo los casos de previo desempeño conjunto de la función de árbitro». Personalmente, no veo asomo alguno de posibilidad de parcialidad por el hecho de haber desempeñado conjuntamente el cargo de árbitros. Primero, porque en la práctica las personas que suelen ejercer la función arbitral comparten características similares y es justamente debido a ellas que son llamados a la función arbitral, tanto es así que las instituciones arbitrales poseen sus listas de árbitros y, normalmente, las mismas personas integran listas de diversas instituciones, como la Cámara de Comercio de Lima, la Cámara de Comercio Peruano Americana (AMCHAM) y el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Me consta que muchos de ellos se conocen por ejercer la docencia en alguna Facultad de Derecho, o provenir de sus aulas, y el hecho de que coincidan en diversos procesos arbitrales no tiene nada que ver con la independencia y la imparcialidad. De modo similar, en un tribunal del Poder Judicial, los mismos magistrados ven día a día centenares de casos y a nadie se le ocurre pensar que dicha circunstancia pudiera afectar su comportamiento ético.

El punto 3 del artículo 8 vuelve sobre el tema de la amistad y estipula que «los árbitros deben ser particularmente meticulosos en evitar contactos significativos, sociales o profesionales, con cualquiera de las partes, sus representantes, abogados o asesores, sin la presencia de las partes». Es cierto que no impone el deber de declarar, pero resulta poco realista que los árbitros no tengan contactos sociales con los abogados de las partes. Lo que sí resulta antiético es que en dichos contactos sociales se hable del proceso.

Como conclusiones de este punto podemos arribar a las siguientes:

1. La independencia e imparcialidad de los árbitros son verdaderos pilares sobre los que se construye el andamiaje ético de la función arbitral.
2. Los árbitros tienen la obligación de revelar cualquier circunstancia de carácter personal, laboral o de negocios, relacionada con él o sus familiares más cercanos,⁶ que sugiera a las partes o cualquier observador independiente, que puede existir una incompatibilidad para aceptar o continuar en el cargo de árbitro.

⁶ Sobre los grados de relación, creo que debe trabajarse con la línea consanguínea en línea recta (padres, hijos, etc.), la consanguínea colateral en segundo grado (hermanos) y la relación de afinidad que alcance a suegros y cuñados, más el cónyuge.

3. La revelación no implica ninguna admisión por parte del árbitro de que su independencia o imparcialidad están o pueden estar afectadas por el hecho que se revela, sino que busca permitir a las partes que tengan una visión cabal de todas las circunstancias que rodean a la persona del árbitro y puedan tomar la decisión que mejor convenga a su derecho.
4. La obligación de revelar permanece durante todo el proceso arbitral, pues pueden surgir situaciones que no existían a la hora de la nominación y aceptación del encargo arbitral.
5. Cualquier duda respecto a si se debe o no realizar una revelación debe resolverse a favor de la revelación. Esta idea la he tomado del acápite D del Canon II del Código de Ética para Árbitros en Disputas Comerciales de la American Bar Association (ABA) y de la American Association of Arbitrators (AAA).
6. La obligación de abstenerse de entrar en relaciones comerciales o de negocios con las partes se extiende por un lapso de tiempo prudencial después de concluido el arbitraje. El acápite C del Canon I del recientemente citado Código de Ética para Árbitros en Disputas Comerciales de la ABA y de la AAA dice lo siguiente sobre el particular: «Durante un período de tiempo razonable después de la decisión del caso, las personas que han servido como árbitros deben evitar entrar en cualquier relación, o adquirir determinado interés, en circunstancias que podrían crear razonablemente la apariencia de que han sido influidos en el arbitraje por el anticipo o expectativa de tal relación o interés».
7. Las instituciones arbitrales, al momento de elaborar sus Códigos de Ética deben abstenerse de exigir revelaciones excesivas o que resultan inconducentes, debido a las características del área del Derecho implicada o a la red de relaciones sociales que suelen establecerse en el seno de las comunidades profesionales.

Los temas tratados hasta ahora, referidos a la imposibilidad absoluta de los árbitros de aceptar dádivas, obsequios u otros beneficios, y a la necesidad de mantener incólumes su independencia e imparcialidad a lo largo de todo el proceso y hasta después de su culminación, no agotan el repertorio de materias relacionadas con la ética de los árbitros. A continuación se presenta un listado de situaciones relevantes en la materia:

4. FACTORES A TENER EN CUENTA AL ACEPTARSE UNA DESIGNACIÓN PARA SER ÁRBITRO

El árbitro sólo puede aceptar un nombramiento como tal si se considera independiente e imparcial, competente y con el tiempo suficiente para dedicarle al proceso. El artículo 5 del Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en forma muy similar a los puntos (1) a (4) del acápite B del Canon I del Código de Ética de la ABA y de la AAA, formula estos deberes en los siguientes términos: «El futuro árbitro aceptará su nombramiento sólo: (a) Si está plenamente convencido de que podrá cumplir su tarea con imparcialidad e independencia; (b) si está plenamente convencido de que podrá resolver las cuestiones controvertidas o litigiosas y que posee un conocimiento adecuado del idioma del arbitraje correspondiente; (c) si es capaz de dedicar al arbitraje el tiempo y la atención que las partes tienen derecho a exigir dentro de lo razonable.

Sobre este último punto deseo hacer una reflexión. He observado en nuestro medio que hay abogados que son designados en un número significativo de casos arbitrales, o que teniendo una carga de trabajo importante en su ejercicio profesional habitual, aceptan un número de casos que un observador independiente no puede entender cómo puede manejarlos. A pesar de que es un tema del que no se habla, me parece que recurren a otros abogados de su Estudio para que los ayuden en la lectura de los escritos, la redacción de proyectos de resoluciones de mero trámite y, lo que es más grave, la redacción de proyectos de resoluciones que resuelven aspectos sustantivos y aun la parte del

laudo que, eventualmente, le encargan los otros árbitros cuando se hace una división del trabajo para redactar el mismo. No debe olvidarse que la designación de un árbitro se hace en función de sus cualidades personales y nada garantiza que sus ocasionales colaboradores sepan mantener la confidencialidad y otros aspectos éticos a los que se ha comprometido únicamente el árbitro.

Sobre esta materia el Código de Ética de la ABA y de la AAA posee en el acápite B del Canon VI una norma que podría adoptarse y adaptarse a nuestro medio. Dice así: «Un árbitro puede obtener ayuda de un asociado, un asistente de investigación u otras personas que le permitan arribar a su decisión, si el árbitro informa a las otras partes del uso de tal asistencia y si dichas personas aceptan ceñirse a las provisiones de este Código».

5. DEBERES FRENTE AL PROCESO ARBITRAL

Los deberes de carácter ético de los árbitros revisten importancia capital en la medida en que el arbitraje se yergue como una alternativa al Poder Judicial. Si el arbitraje llegara a poseer las tasas de desaprobación que hoy desafortunadamente ostenta el Poder Judicial, dejaría de existir el último reducto en el que se puede obtener siempre (y este siempre lo digo más como un deber ser que como un ser) una solución justa a los litigios, impartida por personas independientes, imparciales, ilustradas y que dedican el tiempo que merecen los casos.

Por ello, los árbitros tienen un deber moral para con la institución arbitral. Esta idea ha sido plasmada de manera clara y contundente en el acápite f. del artículo 3 del Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, cuando dice: «Integridad. Debe conducirse en todo momento con integridad y transparencia en el arbitraje, de manera de resguardar la confianza que el público en general tiene en este mecanismo. Deberá recordar que en la resolución de un caso sometido a arbitraje, además de aquél, está en juego también la confianza en el arbitraje como mecanismo de solución de controversias».

6. EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

La confidencialidad reviste particular relevancia en el arbitraje, debido a que en muchos casos las partes en disputa son grandes empresas, o conglomerados de empresas, o empresas relacionadas.

Y también porque en los temas a decidir se ven envueltas muchas veces cuestiones que las empresas resguardan con mucho celo, como el estado de sus ganancias y pérdidas, sus estructuras de costos, la relación de sus clientes, y quizás hasta verdaderos secretos empresariales, que en manos de una persona inescrupulosa pueden convertirse en fuente de ingresos de mucho mayor importancia que las dádivas o los favores de los que ya he tratado.

Este deber de confidencialidad rebasa las fronteras de los Códigos de Ética y se legisla sobre él tanto en las leyes de arbitraje, como es el caso del artículo 51 de la Ley Peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071 y en los reglamentos de las instituciones arbitrales, como lo demuestran los artículos 14 y 15 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

7. DEBERES FRENTE AL DEBIDO PROCESO

El árbitro tiene el deber de velar por el cumplimiento del debido proceso a lo largo de todo el arbitraje. Habida cuenta de que el debido proceso es una garantía fundamental, más aún, es uno de los derechos humanos, su naturaleza posee categoría ética. Como es de público conocimiento, el debido proceso es un haz de derechos, es decir, un derecho compuesto por un conjunto de otros derechos que lo integran, pero que todos tienden hacia dos objetivos fundamentales: la irrestricta libertad de defensa, otorgada en la misma proporción a ambas partes, y la independencia e imparcialidad del tribunal. Por ello es que me parece, particularmente relevante, el acápite D del Canon I del Código de Ética de la ABA y de la AAA, que dice: «Los árbitros deben conducirse de modo justo con todas las partes y no deben estar sometidos a

presión externa, clamor público, temor a la crítica o autointerés. Deben evitar conductas y afirmaciones que den la apariencia de parcialidad a favor o en contra de cualquiera de las partes».

Destaco de esta norma la idea de proteger a los árbitros de presiones externas, ya sea que éstas provengan de los órganos judiciales o de los medios de comunicación. Hace muy pocos años pudo verse en nuestro medio, situaciones en las cuales a través de denuncias ante el fuero ordinario se pretendía intimidar a los árbitros o paralizar los procesos.

El Tribunal Constitucional puso coto a estos intentos con la resolución que expidió en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, cuando declaró que: «Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas las autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes».

La nueva Ley Peruana de Arbitraje es enfática al rechazar la intervención de la autoridad judicial, salvo el control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo. Aparte de esto, «cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad» (artículo 3). En cuanto a la presión proveniente del escándalo público, generado normalmente por una indebida cobertura en los medios de comunicación, la protección está dada por el principio de confidencialidad.

8. EL DEBER DE ABSTENERSE DE ENTABLAR COMUNICACIÓN CON LAS PARTES

Es práctica usual en la designación de los árbitros que cada una de las partes designe a un árbitro y que los dos, así designados, procedan a la designación del tercer árbitro y presidente del tribunal arbitral.

Aunque esto parezca extraño a los legos, resulta de antigua rai-gambre jurídica: la fórmula está contenida en la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional, y ha sido recogida en las Leyes n.º 25935 y n.º 26572, así como en la nueva Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071).

En el nivel en que se desenvuelve el arbitraje se entiende que los árbitros son jueces y que las partes, además de haber nominado árbitros, deben contratar abogados que defiendan sus intereses ante el tribunal arbitral, pues nada garantiza que el árbitro designado por una parte vaya a votar por quien la designó por ese solo hecho. La Ley n.º 25935, en su artículo 16 declaraba: «Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones». La Ley n.º 26572 repitió la fórmula, agregando al final «gozando además del secreto profesional». Que personas libres, que carecen de autoridad las unas sobre las otras, se embarquen en una actividad conjunta y establezcan o reconozcan entre ellas las reglas que definen esa actividad, no es un postulado que vaya contra el valor de la justicia sino que más bien se coloca en la línea de lo que es justo.⁷

Producido el nombramiento y aceptado el encargo, y después de las declaraciones o revelaciones que no dieran lugar a recusación alguna, los árbitros se separan de una manera radical y absoluta de las partes y deben evitar, inclusive, trato social con ellas. De manera que no es admisible que haya comunicación entre los árbitros y las partes, salvo quizás para cuestiones meramente logísticas, como fijar la fecha para una audiencia.

El tema de los honorarios ha ido también evolucionando hacia una figura que aleja totalmente al árbitro de la parte que lo nominó. En los

⁷ Véase RAWLS, John. *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, pp. 28-29.

albores del arbitraje en el Perú, cada parte pagaba el honorario del árbitro por ella designado, y ambas pagaban proporcionalmente (50% cada una) el honorario del presidente.

Con el pasar de los años, ambas partes pasaron a pagar en partes iguales los honorarios de todos los árbitros. En estos dos períodos, ante situaciones de incertidumbre o demora, no era inusual que se estableciera una comunicación entre los árbitros y las partes, aunque debo decir por experiencia que se hacía a través de los abogados de las mismas. En la actualidad, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima ha establecido un sistema de pagos que elimina toda posibilidad de comunicación entre los árbitros y las partes en materia de honorarios. El sistema funciona así: las partes pagan a la Cámara al inicio del arbitraje la totalidad de los honorarios de los árbitros y la suma que ella cobra por administrar el arbitraje, y es el Centro de Arbitraje el que paga a los árbitros, en determinados momentos del proceso. Más aún, los recibos de honorarios profesionales los árbitros los giran a nombre del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Esta falta de comunicación con las partes es fundamental para garantizar la independencia, de la que ya he hablado. Vale la pena mencionar, sin embargo, que en los Estados Unidos de América se admite que haya árbitros designados por las partes que no sean neutrales. El punto B del Canon IX los define así: «hay ciertos tipos de arbitraje tripartitos en los cuales todas las partes esperan que los dos árbitros designados por las partes puedan estar predispuestos hacia la parte que los designó. Estos árbitros, a quienes este Código se refiere como «Árbitros del Canon X», no están sometidos a los estándares de neutralidad e independencia aplicables a otros árbitros. El Canon X describe las obligaciones éticas especiales de los árbitros de parte de quienes no se espera que cumplan el estándar de neutralidad».

Afortunadamente, este sistema no existe en el Perú porque a pesar de la absoluta independencia del árbitro con respecto a la parte que lo designó, y a quien a menudo ni siquiera conoce, porque en la desig-

nación participan básicamente los abogados de las partes, se observa en ocasiones que algunos árbitros están bastante parcializados a favor de la parte que lo nombró.

Un cierto grado de vigilancia para garantizar que la parte que lo nombró tenga todas las oportunidades de defensa y no se menoscabe su derecho al debido proceso es entendible y hasta deseable, como ya lo he explicado, pero no puede admitirse desde el punto de vista ético una predisposición a favorecer a la parte que lo eligió. Esta práctica institucionalizada y regulada, como ocurre en los Estados Unidos de América, ha sido duramente criticada en nuestro medio: «Así las cosas, una pregunta pertinente es qué va a arbitrar un árbitro como ése, o mejor dicho, qué función arbitral va a desempeñar. Pues, a todas luces, aquél que ya comprometió su opinión a favor de una de las partes y fue elegido árbitro en tal <virtud>, no es realmente alguien que va a administrar justicia privadamente, sino un procurador de la causa de una de las partes en el tribunal».⁸

También es contrario a la ética pasar información a la parte del estado de los debates y adelantarle el sentido del laudo, antes de que éste sea debidamente notificado.

9. PUBLICIDAD DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

En nuestro medio es inimaginable que un abogado realice publicidad para ser nombrado árbitro. En mi opinión, va contra la ética porque el arbitraje, como ya lo he señalado, participa en el empeño colectivo de mantener un mecanismo de solución de controversias alejado de los vicios que tanto daño han causado a la operación y, desde luego, a la imagen del Poder Judicial. Pero, también va contra la ética porque el abogado combina la búsqueda de su propio beneficio con un rol de

⁸ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *El Juicio Privado: la verdadera reforma de la justicia*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 144.

servicio; el abogado es, en cierto modo, un auxiliar del tribunal en una función básica del Estado, cual es la de componer los litigios.

Por ello, desde antiguo, los Códigos de Ética de los abogados han prohibido la publicidad, aunque los ejemplos que vienen de otras latitudes, especialmente de los Estados Unidos de América, han erosionado un poco el principio, y se pueden ver ocasionalmente avisos de propaganda profesional de los abogados en los periódicos, aunque jamás de los miembros más reputados de la profesión.

En esta misma línea, el artículo 13 del Código de Ética del Colegio de Abogados de Lima contiene la siguiente tajante declaración: «Para la formación decorosa de clientela, el Abogado debe cimentar una reputación de capacidad profesional y honradez, y evitará escrupulosamente la sollicitación directa o indirecta de clientela. Es permitida la publicación o el reparto de tarjetas meramente enunciativas del nombre, domicilio y especialidad. Toda publicidad provocada directa o indirectamente por el Abogado con fines de lucro en elogio de su propia situación, menoscaba la dignidad de la profesión. El Abogado que remunera o gratifica directa o indirectamente a una persona que está en condiciones para recomendarlo, obra contra la ética profesional».⁹

Pues bien, si es censurable y va contra la ética profesional que un abogado posea una campaña publicitaria, tal situación es mucho más grave tratándose de los árbitros, y en nuestro país es absolutamente contrario a la ética que un árbitro prospectivo haga elogio publicitario de su persona y de sus capacidades como árbitro, e invite a las personas que lo designen como tal. Hago hincapié en este punto porque el Código de Ética de la ABA y de la AAA de los Estados Unidos de América, sí lo permite.

El Canon VIII contiene los siguientes dos apartados: «A. La publicidad o promoción del deseo o disponibilidad de servir como árbitro

⁹ Sitio web del Colegio de Abogados de Lima: http://www.cal.org.pe/Inst_codigo_etica_abo_cal.html.

debe ser precisa e incapaz de conducir a error. Cualquier afirmación acerca de la calidad del trabajo del árbitro o del éxito de la práctica del árbitro debe ser verdadera. B. La publicidad y la promoción no deben implicar una disposición para aceptar un nombramiento que no esté de acuerdo con este Código».

Una figura como la señalada puede entenderse en un país, como los Estados Unidos de América, donde se acepta la existencia de árbitros no neutrales, los árbitros del Canon X. En este contexto, es comprensible que haya abogados que estén en disposición de presentarse ante clientes potenciales recalcando no sólo su disponibilidad de servir como árbitro, sino la calidad de su trabajo y el «éxito» de su práctica como árbitro, y el éxito no puede significar otra cosa que haber logrado que en sus arbitrajes pasados ganara quien lo designó como árbitro. Un panorama así sería desastroso en un país como el nuestro.

10. A MODO DE CONCLUSIÓN

Deseo terminar este trabajo expresando una preocupación y recalcando una materia. La preocupación, que no está escrita en ningún Código de Ética que he consultado, es que las instituciones arbitrales, en aquellas circunstancias en que les corresponde designar un árbitro, ya sea en lugar de una parte que por alguna razón no designa árbitro, o cuando le toca nombrar al presidente del tribunal arbitral por falta de acuerdo entre las partes, deben tomar una decisión independiente, de manera que no pueda decirse de ellas que son reincidentes en nombrar árbitros de camarillas que pueden surgir alrededor de las instituciones arbitrales y que tratan en muchas formas de influir en quienes deben tomar las decisiones de designación. Estas camarillas, como lo demuestra la experiencia en otros contextos, están conformadas por los miembros menos calificados técnica y moralmente de la profesión u oficio involucrado. Una situación como ésta, por más hipotética que sea, sería una herida grave en la institución arbitral.

Y el punto que quiero recalcar, y sobre el que nunca se debe bajar la guardia, es que el árbitro no es el abogado de la parte que lo designó sino su juez, y debe abstenerse de tener comunicaciones con la parte, de mantenerla informada del estado de las discusiones en el seno del tribunal y de opinar y obrar siempre en su beneficio. Pero, sobre todo, el árbitro debe decidir en función de los méritos del caso, es decir, de las alegaciones de los abogados y de la prueba presentada, olvidándose, en el sagrado momento de tomar la decisión final, de cuál fue la parte que lo designó. De no obrarse de este modo, de convertirse los árbitros en procuradores de las partes, ya no habría que hablar de una herida grave, sino de la muerte del arbitraje.

2.

INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y RECUSACIÓN

Jorge Avendaño Valdez

INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y RECUSACIÓN

*Jorge Avendaño Valdez**

El tema es tratado básicamente a la luz de la ley peruana, que como todos ustedes saben, es el Decreto Legislativo n.º 1071 que dictó el gobierno en ejercicio de funciones que le delegó el Congreso de la República.

El primer tema es el de la incompatibilidad que tiene el ser árbitro con algunas funciones y sobre eso trata el artículo 21 de la ley peruana.

Artículo 21.- Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.

Parecería que existen normas que establecen las incompatibilidades específicas de determinados empleados públicos. Si esto es así, hay una remisión a esas normas, pero no se precisan los márgenes de incompatibilidad. Esa incompatibilidad tiene que analizarse, si se extiende a todos los empleados públicos dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.

Me da la impresión de que el legislador que, repito, fue el Poder Ejecutivo, ha querido arreglar las cosas remitiendo a las normas de la entidad correspondiente. Por ejemplo, en el caso de los congresistas de

* Profesor Principal y ex Decano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Jorge Avendaño - Forsyth y Arbe Abogados.

la república, son funcionarios públicos especiales, que son y no lo son, porque han sido elegidos por el pueblo, son representantes del pueblo peruano, entonces técnicamente, si bien perciben su emolumento y forman parte del sector público en sentido amplio y lato, habría que remitirse a su propia ley —que es el Reglamento Interno del Congreso de la República, que tiene fuerza de ley— y allí habría que ver si hay o no incompatibilidad. Si está allí la incompatibilidad, entonces la remisión funciona, pero si no está allí la incompatibilidad, podría afirmarse que los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas, en este caso, el Reglamento Interno del Congreso, no los excluye.

Luego está el tema de los motivos de abstención y de recusación. Para esto tenemos que recurrir al artículo 28 de la actual ley:

Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

Lo primero que hay que aclarar es que no es lo mismo ser independiente que ser imparcial. Son dos cosas distintas: se puede ser imparcial, no siendo independiente y también se puede ser independiente, no siendo imparcial, aunque esto segundo es más difícil.

¿Qué cosa es independencia? Es no tener ningún vínculo, ninguna relación con las partes, de manera que si es hermano, familiar cercano, hijo, nieto, sobrino, de una de las partes intervinientes en el arbitraje, entonces no hay independencia.

Pero, imparcialidad es no tener prejuicio y estar absolutamente abierto a lo que aleguen las partes y a la aplicación del derecho que invocan y para nada estar parcializados. Muchas veces se ha dicho que los jueces, en general, no son absolutamente imparciales, que todo juez se va formando una opinión del caso que tiene entre manos; no estoy hablando ahora de árbitros, estoy hablando de jueces, en general. Entonces, yo tengo pensado que en este caso me da la impresión de que la razón la tiene «A», entonces, a la hora de sentenciar, acomodo u organizo los argumentos a la posición de «A». Esto no es necesariamente inmoral porque es muy difícil a veces ser absolutamente imparcial y además en Derecho, las cosas no se presentan como que uno tenga toda la razón y el otro ninguna.

Los partidos en materia jurídica no se ganan 5 a 0, muchas veces gana una parte por 5 a 4, o sea incluso la parte perdedora también tiene buenos fundamentos y buenas razones. Por tanto, hay que tener mucho cuidado con no incurrir en esto que se comenta con frecuencia de los jueces, tenemos que ser imparciales, o sea absolutamente abiertos a la argumentación jurídica de ambas partes y a atender con la misma consideración, con el mismo esmero, con la misma seriedad los alegatos que haga éste y los alegatos que haga este otro. O sea, independencia es no tener vínculo, no depender, no tener ninguna relación de tipo comercial, de tipo profesional, de tipo familiar, etc., con las partes en el proceso. Imparcialidad es neutralidad total, es no inclinarse a favor de ninguna de las partes.

Dice la norma que todo árbitro debe ser y permanecer, durante todo el arbitraje, independiente e imparcial; ésa es la regla. Debe ser, antes del arbitraje, independiente e imparcial, y debe permanecer durante el arbitraje también independiente e imparcial. A veces surgen circunstancias que afectan la imparcialidad, que sobrevienen al arbi-

traje, cuando uno ya está funcionando como árbitro; si es realmente honesto ese árbitro, y si realmente siente que ha perdido su imparcialidad, lo debe decir y debe retirarse del arbitraje. Entonces, ésta es una primera regla, no solamente serlo al comienzo, sino durante todo el proceso arbitral.

Un árbitro puede ser recusado por las partes y si él no ha revelado el hecho oportunamente, se expone a que cualquiera de las partes lo señale diciendo que no es independiente, no es imparcial, por tanto lo recuso. En este caso le quedan dos caminos al árbitro, acepta y se excusa, porque se le puede recusar, inclusive dejando a salvo su honorabilidad y él puede excusarse diciendo que no quiere discutir esto, o puede discutirlo y puede decir no; se me está acusando de parcialidad cuando en realidad no existe esta parcialidad. Entonces, alguien tiene que resolver eso, es decir, esa recusación, en algunos casos, se resuelve en el Centro de Arbitraje.

Por ejemplo, en el caso del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, resuelve la Corte que integra un grupo de destacados colegas. Pero, a veces son los propios árbitros, los dos árbitros que quedan, que no están involucrados en este asunto quienes resuelven sobre la recusación planteada.

Sólo se puede recusar al árbitro nombrado por la parte, si ha participado en su nombramiento, pero por causas de las que no haya tenido conocimiento, sino después de su nombramiento, porque si tuvo conocimiento antes, no debió nombrarlo, obviamente.

Hay algunas reglas en el artículo 29 sobre el procedimiento de recusación.

Artículo 29.- Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.
2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:

- a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
- b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.
- c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.
- d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:
 - i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23.

Es improcedente, salvo acuerdo en contrario, que se haga una recusación cuando ya está corriendo el plazo para la emisión del laudo. La última resolución que ponen los árbitros antes de laudar es «tráiganse para laudar» y el laudo debe expedirse en el plazo previsto en las reglas del arbitraje y allí ya no pueden ser recusados los árbitros.

- ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d. y e. del artículo 23.
- iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.

Y, finalmente, voy a tratar el caso de la remoción previsto en el artículo 30, y un caso de responsabilidad.

Artículo 30.- Remoción.

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un

plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.

Puede haber un árbitro que le impida actuar de hecho o de derecho, de derecho porque ha sobrevenido un impedimento posterior, o de hecho porque ha perdido por ejemplo la salud. En este caso, cesa en el cargo si las partes acuerdan su remoción.

2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.
3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes.
En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d. y e. del artículo 23, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el numeral 1 de este artículo.

Ésta es la base, y al final se hará lo que señala el artículo 32.

Artículo 32.- Responsabilidad.

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.

Y es que los árbitros son responsables civilmente, y yo me atrevería a decir, penalmente también. Lo de penalmente no lo dice la ley, pero debe estar en el Código Penal. Un árbitro que claramente se colude, comete un delito, evidentemente, pero además tiene una responsabilidad civil. Cuando ya aceptó el árbitro, lo obliga, y en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo. La definición de dolo es la intención de causar daño, de incumplir y la definición de culpa inexcusable es una culpa grave, que no es leve, que es definitiva y decisiva, porque la persona no puede decir nunca, yo no sabía.

De manera que éstas son las reglas fundamentales sobre independencia, sobre imparcialidad y sobre recusación de los árbitros.

3.

EL DEBER DE LA DECLARACIÓN

Guillermo Lohmann Luca de Tena

EL DEBER DE LA DECLARACIÓN

*Guillermo Lohmann Luca de Tena**

En el tema del deber de revelación, hay que tener presente que los árbitros son jueces de las partes, en el sentido de que emiten un juicio, pero también las partes son jueces de los árbitros respecto de sus calificaciones e idoneidad y, precisamente, por ello, las partes tienen el derecho de obtener información acerca de los árbitros, tanto de fuente ajena como de los propios árbitros, en la medida en que tienen la posibilidad de recusarlos si ya están nombrados o simplemente de no proponerlos. Es decir, es la información lo que permite conocimiento para tomar o no la decisión, el juicio de si los nombran o piden la recusación. De modo que el tema de revelación, el deber de declaración, se muestra como insustituible y principalísimo en el aspecto de la función arbitral.

Tanto se ha dicho, tanto se ha escrito de todo este tema de independencia y de imparcialidad —que obviamente están vinculados con el tema de revelación—, que en realidad podría limitarme a leer en voz alta el artículo 28 de la Ley General de Arbitraje, la que nos rige, pero sería una falta de respeto.

Artículo 28.- Causales de recusación.- Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes:

1. Cuando no reúnan las condiciones previstas en el artículo 25 o en el convenio arbitral o estén incursos en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26.

* Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

2. Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.
3. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

En lo que en esta ocasión quiero insistir, es que si bien el árbitro debe guardar silencio, en el sentido de no revelar información, sí hay varios momentos en los que en todo proceso del arbitraje tiene que hablar.

En el curso del arbitraje tiene que preguntar, tiene que tener la mente abierta para dejarse convencer, para no ser terco, porque el árbitro está llamado a no tener soberbia intelectual y a no sentirse atado por criterios preestablecidos. Pero, en fin, a donde quiero ir es a precisar que sí hay dos momentos en los que tiene que hablar: antes del arbitraje o durante las actuaciones para revelar cualquier elemento que pudiera perturbar su independencia o su imparcialidad y, al final, ciertamente, al momento de dictar el laudo. Estas ocasiones o momentos son realmente cruciales.

La Ley de Arbitraje, como toda ley, es como un instrumento musical, no solamente hay que tenerlo, sino saber tocarlo. En lo que quiero poner énfasis, es que hay que descubrir en esta ley sus aspectos y todo aquello que puede tener de carga normativa y de información. El artículo 28 en realidad solamente nos enseña la apariencia externa, no lo subjetivo, y es que el tema de revelación, y en todo aquello vinculado a la independencia, y a la imparcialidad, hay una altísima carga subjetiva, en la medida que lo revelado o no revelado por el árbitro suscita dudas.

Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje, independiente e imparcial. Ésta es una fortísima llamada de atención a la conciencia y a la conducta subjetiva de los árbitros y la ley les pide que lo hagan objetivo; es una forma de poner a prueba y llevar a sus límites la superación de las flaquezas humanas, porque no se trata de tener una actitud indolente o pasiva, sino que la ley exige al propuesto como

árbitro y al que ya está como árbitro, que realice un examen de conciencia.

No lo dice en esas palabras, pero, evidentemente, es el sentido en que quiere expresarse la ley. Un rígido examen de conciencia porque, fíjense ustedes, exige revelar todas las circunstancias, apreciaciones, sensibilidades, que pueden dar lugar a dudas sobre su imparcialidad o independencia. No dudas que el árbitro tenga acerca de sí mismo, sino dudas que él crea honestamente que la podrían tener sus jueces, que son precisamente las partes. Es decir, el árbitro en algún momento, tiene que desprenderse de su propia personalidad, ponerse en los zapatos de las partes y preguntarse cómo lo enjuiciarían las partes, qué circunstancias podrían hacer sentir a las partes, no a él, que tiene una posible mancha, algo que pudiera afectar su imparcialidad.

Hay que poner, pues, el dedo en la llaga. Y el dedo en la llaga es este sentido abierto de información, es, insisto, que no se ha querido hablar de hechos, se ha querido hablar de circunstancias y la circunstancia es todo aquello —incluso accidental— que rodea a un elemento de conocimiento del que se puede extraer una conclusión y esa conclusión mella o mancha la imparcialidad.

La obligación de revelar se enfoca, por tanto, a todo aquello que por vínculo o relación humana, o por estado mental, puede influir. Hay que revelar o informar todo lo precedente y lo que sobrevenga, porque es la información la que da lugar a dudas si es que ellas no habían sido puestas ya de manifiesto o eran conocidas por las partes. Y aquí el árbitro no tiene manera de saber qué cosa conocen o desconocen las partes, de modo que en la duda, es preferible revelar que abstenerse de hacerlo.

Quiero decir que en este artículo 28, cuando se alude a dudas justificadas, duda significa que cierta información, o incluso ocultamiento de ella, produce o provoca falta de seguridad o certeza porque hay opciones igualmente válidas en apariencia y no hay demostración firme.

La duda siempre es un estado de ánimo, una inseguridad de conocimiento. Dudas o incertidumbres, recalca la ley, que tienen que ser justificadas, y la propia norma para recalcarlo, dice que esto tiene que ser eventualmente probado en su momento. El propuesto como árbitro, siendo así las cosas, ya no piensa por sí o para sí, sino que ha de colocarse en la apreciación de las partes.

Por eso la conclusión de esta brevísima intervención que se me ha concedido, se condensa en un escueto consejo: el árbitro propuesto o ya designado, tiene que declarar todo aquello que, desde su punto de vista, si fuera una de las partes del proceso, pudiera suscitar en el ánimo o intelecto de en una o ambas partes una duda sobre su imparcialidad o independencia. Otro tema distinto es si el motivo o causa de esa duda, debe justificar o no el apartamiento del árbitro. Pero, ya es materia de la intervención de otro panelista.

4.

¿CONFIDENCIALIDAD O PUBLICIDAD EN EL ARBITRAJE?
NUEVA LEY DE ARBITRAJE 2008

Fernando de Trazegnies Granda

¿CONFIDENCIALIDAD O PUBLICIDAD
EN EL ARBITRAJE?
Nueva Ley de Arbitraje 2008

*Fernando de Trazegnies Granda**

El tema sobre si los distintos aspectos del arbitraje deben ser públicos o si, por el contrario, debe mantenerse en reserva algunos de ellos o todos ellos, es materia de intensa reflexión en los ambientes arbitrales. La nueva Ley Peruana de Arbitraje, en su artículo 51, ha establecido las reglas que rigen en el Perú; pero en doctrina la discusión continúa y ello podría producir modificaciones legales en el futuro.

Ante todo, creo que es conveniente precisar cuáles son los aspectos del arbitraje sobre los que recae esta discusión sobre la publicidad. Las tesis más radicales defenderán la confidencialidad o la publicidad en todos esos aspectos sin excepción, según sean éstas «publicistas» o «confidencialistas». En cambio, las tesis más equilibradas defenderán una u otra posición en uno u otro aspecto en particular.

Pienso que el área de la confidencialidad-publicidad puede ser dividida en cuatro temas principales, con algunos subtemas todavía posibles.

En primer lugar, nos encontramos con la confidencialidad sobre la existencia misma de la controversia que está siendo conocida por un Tribunal Arbitral. Esta postura se presenta cuando las partes no quie-

* Profesor principal y ex Decano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ren dar a conocer que tienen un conflicto entre ellas, pues esta información podría dañar su capacidad de hacer negocios con terceras empresas. Puede ocurrir, por ejemplo, que el conocimiento de que una empresa ha sido cuestionada en un cierto aspecto de sus actividades o en el tipo de contrato que utiliza o en la calidad de sus productos o servicios, lleve a un retraimiento de un posible tercero comprador o incluso del mercado mismo.

Un segundo tema se refiere a la confidencialidad del proceso durante su desarrollo. En este caso, las partes no tienen inconveniente en que se conozca que tienen una diferencia entre sí, pero no quieren que la prensa o los competidores estén siguiendo de cerca el proceso y haciendo presión sobre los árbitros. Por este motivo, esas partes reclaman un arbitraje *in camera*, es decir, a puerta cerrada, con la presencia únicamente de los árbitros, las partes, los testigos y el personal auxiliar, sin admitirse la concurrencia de periodistas o de público. Este proceso arbitral cerrado implica también que ni los árbitros ni las partes puedan filtrar información a la prensa o a terceros sobre lo que está sucediendo dentro del proceso.

El tercer tema está relacionado con la confidencialidad de los documentos y testimonios que se presenten en el arbitraje. Esta perspectiva se preocupa fundamentalmente por la reserva de lo que las partes han dicho durante el proceso, aun una vez que éste haya terminado; así como sobre la confidencialidad de las pruebas periciales, documentos contables o declaraciones de testigos que se utilizaron como prueba en al arbitraje concluido.

Por último, el cuarto tema, quizá el más puntual, es el relativo a la confidencialidad o publicidad de los documentos que produzca el tribunal como consecuencia del arbitraje; fundamentalmente, la resolución que resuelve el debate sobre la jurisdicción y la resolución que resuelve el debate sobre el mérito o fondo, esto es, el laudo arbitral.

Notemos que estos cuatro temas presentan relaciones entre sí, en cuanto que algunos engloban a otros. Es así como la confidencialidad

de la existencia misma del arbitraje lógicamente conlleva por necesidad el secreto también de los otros tres aspectos. En cambio, la confidencialidad de la marcha del proceso puede reducirse a ella sola, porque no necesariamente conlleva el secreto de la existencia del arbitraje ni tampoco el secreto sobre los documentos presentados por las partes o creados por el tribunal, una vez que el proceso ha concluido. A su vez, la confidencialidad de los documentos presentados por las partes y de las pruebas en general, supone la confidencialidad del proceso; pero no supone ni el secreto de la existencia de la controversia ni el secreto de las resoluciones del tribunal.

Finalmente, la publicidad de las resoluciones del tribunal no es incompatible con la confidencialidad del proceso mismo ni con el secreto de los documentos y testimonios presentados por las partes.

Habiendo así situado el problema, veamos qué ocurre al respecto cuando la controversia no es conocida en un procedimiento arbitral sino en un procedimiento judicial.

En el Poder Judicial no hay duda alguna sobre estos temas: la Constitución misma establece, como principio fundamental de la administración de justicia, la publicidad de los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Por tanto, como regla general, todo es público. Sólo por excepción puede mantenerse en reserva ciertos procesos o aspectos del proceso. Pero, dado que esta excepción se aplica a un principio tan fundamental, sólo puede ser creada por ley. Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que toda actuación judicial es pública y que tienen el mismo carácter los registros, archivos y copias de los actuados judiciales fenecidos a los que cualquier persona puede acceder (artículo 10).

¿Cuál es la razón para otorgar un carácter tan crucial a la publicidad en los procesos judiciales? Hay dos razones. En primer lugar, en el acto jurisdiccional, la publicidad garantiza la transparencia y la imparcialidad de los jueces, quienes están supuestamente controlados por la mirada observante del público. En segundo lugar, porque

el acto jurisdiccional supone no solamente un interés de las partes que debe ser satisfecho, sino también un interés de la sociedad en que la administración de justicia se realice en forma homogénea, sin contradicciones entre los diferentes jueces, y que sea impulsada y permanentemente mejorada por las reflexiones de las decisiones precedentes.

En cambio, el arbitraje ha sido contemplado tradicionalmente como una forma contractual, como un acuerdo de voluntades entre partes privadas que pueden construir a su antojo la forma de solucionar sus disputas, sin intervención de terceros y dentro de la privacidad y reserva más absoluta.

Sin embargo, esta concepción cerrada y marginal del arbitraje está siendo superada por la teoría y por la práctica. No cabe duda de que, en una transacción, las partes privadas pueden solucionar sus discrepancias como mejor se les ocurra y en el más absoluto sigilo. Pero, el arbitraje no es una transacción sino que supone una operación de juzgamiento: entre la voluntad de las dos partes se instala un juez que debe resolver el caso, no de acuerdo a lo que quieren las partes dado que no existe acuerdo entre ellas, sino en función de lo que establece el Derecho.

Por consiguiente, el arbitraje tiene una función privada, pero también comparte, de cierta manera, la función pública de juzgar y, en esta forma, asume también obligaciones frente a la sociedad. Dentro de esa línea, se piensa que hay que darle al arbitraje los medios para que los laudos de los árbitros tengan una consistencia entre ellos, proporcionando a los árbitros los laudos anteriores como una rica materia de reflexión que permitirá sentar jurisprudencia... arbitral, pero jurisprudencia de todas maneras.

El enorme esfuerzo intelectual de los árbitros para solucionar un caso merece tener una repercusión teórica adecuada en beneficio de la sociedad toda. Esto no significa en manera alguna que se establezca que la jurisprudencia de los tribunales arbitrales es obligatoria. No es

en ese sentido autoritario que se ejerce su influencia sobre los laudos futuros. La jurisprudencia —tanto al arbitral como la judicial— debe ser tomada como doctrina viva, como doctrina que ha sido puesta a prueba en caso concreto. Y es así, en tanto que doctrina, en tanto que reflexión jurídica, que puede servir sea de guía, sea de estímulo para desarrollar razonamientos discrepantes, al momento de resolver un caso posterior.

En el plano internacional, la postura de admitir la publicidad, cuando menos de los laudos, va ganando terreno sobre la limitada visión contractualista del arbitraje.

Ya en 1985, la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, permitía a su Secretario, señor Ives Derains, la publicación de los laudos, eliminando los nombres propios. Sin embargo, esta omisión de los nombres es a mi juicio irrelevante, pues, con la lectura del laudo, prácticamente era fácil adivinar a qué empresas se refería. Y esto no debe ser una objeción para la publicación de los laudos como regla general.

En 1995, la Alta Corte de Australia, en el caso *Esso v. Plowman*, fue quizá la que primero sostuvo que la confidencialidad no era inherente a los procesos arbitrales. Esta sentencia hizo un interesante *distingo* entre la privacidad del proceso arbitral y su documentación (que reconoció plenamente) y el secreto de los documentos creados durante el arbitraje, básicamente la resolución de jurisdicción y el laudo (a los que no les concedió un carácter confidencial).

Más tarde, en el año 2000, la Corte Suprema de Suecia, en el caso *Bulbank*, decidió también que no existía ninguna obligación inherente de confidencialidad en los arbitrajes en Suecia. El laudo había sido publicado en una revista internacional de arbitraje, debido a que aparentemente el texto le había sido proporcionado a dicha revista por el abogado del Banco. La otra parte planteó que tal laudo había perdido validez debido a que el Banco había violado el acuerdo de confidencialidad. Pero, la Corte Suprema sueca estableció que la ley de

ese país no dispone que los procedimientos arbitrales sean secretos, a menos que las partes lo hayan expresamente pactado.

En los Estados Unidos de América, se presentó un caso interesante cuando en un proceso seguido ante el Poder Judicial se ofreció como prueba documentos que formaban parte de un arbitraje seguido ante la Cámara de Comercio Internacional (ICC). Frente al argumento de la parte contraria en el sentido de que el arbitraje por su naturaleza es confidencial, y que esos documentos, consecuentemente, no debían ser admitidos como prueba, la Corte resolvió que no hay un derecho inherente de confidencialidad en un arbitraje, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente.

El CIADI, por su parte, tiene establecido en su reglamento que no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes; pero agrega que podrá incluir en sus publicaciones, extractos de las normas jurídicas (debe haber querido decir, del razonamiento jurídico) aplicadas por el tribunal (Reglamento de Arbitraje, artículo 48, 4). Y cada día vemos más laudos del CIADI que se publican en la *web*, al punto de que estos laudos son los que más se usan como jurisprudencia y modelo de razonamiento en los arbitrajes de inversión.

En el Perú, la nueva ley ha optado por la confidencialidad como principio, la que se aplica a todos los aspectos del arbitraje, a todas las personas (incluyendo a las partes) y a todos los documentos y actuaciones. La única excepción que ha hecho la ley es para el caso de los arbitrajes en los que interviene el Estado, donde las actuaciones son confidenciales, pero el laudo es público.

Sin perjuicio de acatar estrictamente la ley mientras sea ley, mi posición personal, desde el punto de vista doctrinario, es que el resultado del arbitraje debiera ser público mientras no cause un grave daño a las partes.

No hay duda de que, en ciertos casos, la confidencialidad se justifica plenamente. Algunas veces las partes recurren al arbitraje porque

quieren mantener en secreto su controversia por razones comerciales. En consecuencia, renuncian a la garantía de imparcialidad y control que nace de la publicidad a cambio de la deseada confidencialidad. Éste es el caso cuando en el arbitraje se discuten temas tales como políticas de precios y costos, secretos de fabricación, datos sobre clientes o proveedores, la situación económica de una empresa, y otros semejantes.

Pero, no cabe duda de que el arbitraje tiene una función de juzgar, es decir, como señala el artículo primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el arbitraje es una jurisdicción.

Por consiguiente, en tanto que jurisdicción, debe poder nutrirse con el razonamiento utilizado en casos semejantes para resolver problemas similares; y ello es imposible si no se publican los laudos. Por tanto, mi posición es que los laudos —no los procesos y sus actuaciones— deben ser públicos, como regla general, salvo que las partes hayan expresamente pactado lo contrario o que el tribunal opte por la confidencialidad por razones graves.

Como puede verse, mi planteamiento es que lo mejor para el arbitraje en el Perú hubiera sido, respecto de los laudos, una norma exactamente inversa a la que aparece en la nueva ley, en la que se estableciera que, si no hay pacto en contrario, todo laudo arbitral es público (como lo previsto para arbitrajes en que interviene el Estado); sin perjuicio del pacto expreso en contrario o de una decisión arbitral que lo declare confidencial a pedido de una de las partes y atendiendo a la naturaleza de las pruebas que fueron presentadas en el curso del proceso.

En cambio, concuerdo en que la confidencialidad sea absolutamente estricta como regla general en todo lo que se refiera al desarrollo del proceso y a los documentos que forman parte del proceso.

Para terminar, quiero dejarles algunas preocupaciones interesantes:

- (1) De acuerdo a la ley peruana, los arbitrajes son confidenciales. Pero, tal confidencialidad ¿puede extenderse al proceso judicial de anulación derivado del arbitraje, cuando la Constitución establece que las actuaciones judiciales sean públicas? ¿Qué prima en esta situación?
- (2) El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que no es posible plantear una acción de garantía respecto de aquello que está en discusión en un proceso personal, ni tampoco cuando se ventila una nulidad del laudo ante el Poder Judicial; pero una vez terminado el proceso (incluyendo la acción de nulidad, cuando sea el caso), la parte que considera que el laudo ha vulnerado alguno de sus derechos constitucionales puede interponer un recurso de amparo. Y, en este caso, de acuerdo a las leyes peruanas, ese proceso constitucional que ventila los mismos temas que el arbitraje, ¿tiene carácter público o confidencial?
- (3) Por último, si en el Perú ocurriera que en un juicio ante el Poder Judicial se ofreciera la exhibición de un expediente arbitral a fin de presentar a su favor ciertos documentos o testimonios actuados durante el arbitraje (como lo sucedido en los Estados Unidos de América a que antes he hecho referencia, ¿puede el juez que conoce esa causa aceptar tal prueba y ordenar que se le remita el expediente arbitral, dejando de lado la confidencialidad arbitral?

Les dejo estos problemas como ejercicio mental para sus ratos libres.

5.

EL *CLIENT PRIVILEGE ATTORNEY*

VS. EL SECRETO PROFESIONAL

María del Carmen Tovar Gil

EL CLIENT PRIVILEGE ATTORNEY
VS. EL SECRETO PROFESIONAL

*María del Carmen Tovar Gil**

El tema propuesto supone acercarnos a la institución del *client attorney privilege* y que, seguramente, la mayoría identifica y/o conoce como secreto profesional.

La primera pregunta que nos podemos plantear está en a qué nos referimos como secreto profesional y con *client attorney privilege*. ¿Se trata de un mismo concepto o estamos hablando de conceptos distintos? En primer alcance, en los próximos minutos, trataremos de acercarnos a estas instituciones.

En cualquiera de los dos casos, estamos hablando del reconocimiento de la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente; ése es el tema al que nos estamos enfrentando. Y vinculado a este tema, van a surgir los alcances que se reconocen a esta confidencialidad y los mecanismos de protección que pueden haber alrededor de esta confidencialidad.

Podemos decir para abordar el tema, que en el Perú nos aproximamos al tema a través de lo que se llama *secreto profesional*. Nosotros no tenemos esta tradición del *client attorney privilege*, nosotros nos acercamos a esto a través del secreto profesional. Y el Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado sobre el tema del

* Socia del Estudio Echecopar.

secreto profesional y lo ha reconocido como una obligación para el profesional y menciona, particularmente, abogado, notario, médico, periodista, de mantener en reserva o confidencialidad las confesiones, hechos, situaciones o cualquier noticia de la que haya tomado conocimiento, o que se le haya confiado de modo directo en su condición profesional.

Esa obligación le impone que no divulgue ni participe a otro, sobre los secretos sin el consentimiento de la persona que aconseja.

Intentando contrastar las dos categorías que acabamos de proponer, podemos decir que, ya sea que le llamemos secreto profesional o *attorney client privilege*, el principio es el mismo. En los países de tradición napoleónica o de Derecho Civil, solemos llamarle secreto profesional. En los países de tradición anglosajona suelen llamarle *attorney client privilege*.

Al comparar ambas instituciones en el secreto profesional, el énfasis parece que está más puesto en una protección a la obligación profesional, es decir, se piensa más esto como la obligación del profesional, y en el caso del *attorney client privilege*, el acento parece estar, más bien, en un reconocimiento al principio fundamental de garantizar la justicia.

A pesar de que en los dos casos estamos hablando de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, hay un cierto acento en un caso más hacia el tema del deber del profesional, y en otro, hacia el tema de la garantía de la justicia, que si bien puede parecer que, finalmente, van a proteger lo mismo, podría, eventualmente, generar que los alcances tengan alguna pequeña diferencia.

Es interesante ver que en lugares como la Comunidad Económica Europea que, justamente tienen países en los cuales tienen las dos tradiciones, ha habido el reconocimiento de que esto es un principio común, es decir, en la Comunidad Económica Europea se enfrentan

con países que pueden tener al mismo tiempo un acercamiento al tema como secreto profesional y un acercamiento al tema como *client attorney privilege*.

La Corte de Justicia Europea ha dicho que así como hay una interrelación económica, también hay una interrelación de leyes y que deben tomarse en cuenta los principios y conceptos comunes que tienen estas leyes. Y entre esos principios y conceptos comunes que encuentran en las leyes de los distintos Estados, destaca y en algún momento encuentra que debe reconocerse la existencia de la observancia a la confidencialidad, particularmente, en las comunicaciones entre el abogado y su cliente.

Entonces, vemos que se reconoce que éste puede ser un principio común a ambas tradiciones y a las tradiciones de todos los distintos países. Sin embargo, también aclaran que no tienen una regla común en la comunidad y, por lo tanto, los alcances específicos de lo que significa el secreto o el *client attorney privilege*, son los que en cada uno de estos países se haya dado. Si vamos a ver un poco en Derecho comparado qué significa esto, estas diferencias no vienen siempre necesariamente marcadas porque se pertenezca a una tradición anglosajona o de Derecho Civil, sino a la percepción específica de las reglas que se han impuesto en cada uno de los países.

Entonces, es alrededor de la aplicación práctica que surgen una serie de preguntas sobre el secreto profesional. ¿Es un derecho o es una obligación? ¿La confidencialidad alcanza a todas las comunicaciones? ¿Cuáles son las excepciones al privilegio? ¿Alcanza a todos los abogados o solamente a los vinculados a un litigio específico?

Estas preguntas se han hecho tanto en lo que respecta al secreto profesional como del *client privilege attorney*. Las respuestas no siempre han sido idénticas y no siempre es en función de la tradición, sino de la legislación interna.

Qué podemos decir que encontramos en común entre los distintos países. Encontramos que, en general, suele reconocerse sin duda, que el privilegio existe y, en general, suele reconocerse que no es absoluto. Por ejemplo, encontramos consenso y podemos verlo en distintas regulaciones, o en distinta jurisprudencia, que no se extiende a cuando el cliente anuncia al abogado que va a cometer un delito.

Ésa es una regla que la encontramos expresa en distintas normas de códigos de ética, en distintas reglas de distintos países y en la jurisprudencia. Se reconoce que si viene un cliente y te anuncia que va a cometer un delito, eso no está dentro de lo que se debe guardar en la confidencialidad y, por el contrario, es algo que el abogado hasta estaría obligado a revelar. Pero, existen divergencias de qué pasa, por ejemplo, respecto a qué comunicaciones se extiende el privilegio o el secreto, y hay discusiones sobre si se pueda referir sólo a las comunicaciones directamente relacionadas con un litigio o a las comunicaciones anteriores, a las comunicaciones relacionadas, o a la asesoría o a las conversaciones con el abogado, quizá en forma coloquial o más allá de la asesoría propiamente dicha.

Hay quienes tienden a que el privilegio sea casi absoluto y otros a que más bien sea limitado y es más natural extender el privilegio cuando se le da el nivel de obligación profesional. Es decir, sí podríamos encontrar una tendencia mayor a extender el privilegio cuando estamos pensando en el privilegio como un deber basando el privilegio en el criterio de favorecer a la justicia, porque si bien con este criterio, puede estarse pensando que es preciso garantizar al cliente que pueda hablar libremente con su abogado, sin pensar que el abogado va a utilizar esta información en su contra, también en el criterio de favorecer la justicia, está en el cautelar que no se obstruya el encontrar la verdad material a la hora de un proceso.

Entonces, si bien vamos a encontrar coincidencias a nivel práctico vamos a encontrar cierta discusión respecto de sus alcances del privilegio.

En todo caso, creo que una de las cosas que merecería destacar es que en algunos países la discusión tiene más espacio cuando estamos hablando, no del tema penal o del tema de los derechos humanos, sino del tema del derecho privado. Estamos pensando en un tema de arbitraje que está orientado a las relaciones privadas, a las personas, a los contratos, a las cuestiones económicas. En algunos países, dentro de ese ámbito, tiene más espacio de discusión que en otros y eso sí puede tener que ver con la tradición legal.

Probablemente, en los países de tradición legal civilista, como en el Perú, existe menos desarrollo de su contenido y es porque es de menos necesidad práctica diaria y, yo creo que el motivo por el cual es de una necesidad práctica diaria mayor en otros países, es por el desarrollo de algunas de las instituciones procesales, como el *discovery* y las declaraciones testimoniales.

En la práctica privada en el Perú, no tenemos algo parecido al *discovery*. En el arbitraje internacional, sí hay algo parecido al *discovery*, pues con frecuencia se considera aceptable prever como parte del proceso una producción de documentos por las partes, bastante más amplia de la que podemos encontrar en un arbitraje local. Eso fuerza que se requiera definir el saber hasta dónde puede obligarse a alguien a presentar documentos confidenciales a pedido de la otra parte.

Al *discovery*, que he tenido oportunidad de ver en algunos procesos de arbitraje internacional, es algo muy distinto de lo que nosotros estamos acostumbrados. Para nosotros puede ser casi una pesadilla. Pueden llegar a decirte que tienes que presentar toda la correspondencia que han cursado, por ejemplo, en un contrato de obra, el supervisor con el propietario, o tienes que presentar todas las actas del directorio en el cual se ha discutido el contrato. Eso, nos parece casi inimaginable. Nosotros tenemos una idea de lo que es la exhibición de documentos que tiene un concepto mucho más escueto. En ese sentido, cuando hay producción de documentos, hay mucha más oportunidad de que puedan pedirse las comunicaciones con el abogado.

Los testigos tampoco tienen en nuestro sistema el papel que puedan tener en otras realidades. Para nosotros, llamar a un testigo, es algo que pocas veces hacemos. En el arbitraje internacional y en otras realidades procesales los testigos son centrales para el proceso.

Para ilustrar voy a mencionar dos casos muy antiguos, a fin de revelar desde cuando se está discutiendo el tema y porque hay tanto desarrollo en otras realidades. En uno se menciona un tema de testigos y en otro de producción de documentos. Veamos el caso de *Anglesea versus Annercy* que es del año 1743, y parece una telenovela. La herencia del barón de Altham pasaría al conde de Anglesea si éste moría sin hijos, y aparece un señor James Annercy que alega ser el hijo perdido del conde Altham y acusa al otro conde, Anglesea de haberlo incriminado falsamente de homicidio para que muera en la horca y no herede. Para probar esta situación tan dramática, lo que alega Annercy es que Anglesea le comunicó esto a su abogado el señor John Griquard, y solicita que se levante el secreto profesional de esta conversación porque no se relaciona directamente a la controversia, porque la información fue conferida entre amigos, y el secreto no puede extenderse a delitos; el juez ordena el levantamiento del privilegio y que este señor testifique.

El segundo caso es el de *Preston versus Carl* que data del año 1826 donde el demandante solicita que por vía de *discovery* se reproduzcan ante la Corte las cartas enviadas por el demandado a sus abogados preguntando por la obligatoriedad de un contrato. La otra parte alega que las cartas están comprendidas en el secreto profesional, y el juez sorprendentemente ordena que se reproduzcan las cartas, pero no las respuestas de los abogados.

Casos como éstos terminan forzando una evolución mucho más concreta de los alcances que puede llegar a tener el privilegio.

El secreto profesional no es un tema que aparezca día a día, pero en el arbitraje debemos ir viendo reglas menos vinculadas al proceso

judicial y más vinculadas al arbitraje internacional lo que es un reto. Por ello, existe esta posibilidad y es interesante e importante acercarnos a los alcances y al desarrollo de lo que es el *attorney client privilege*, respecto de lo que es nuestro secreto profesional.

6.

ESTÁNDARES DE CONFLICTO DE INTERÉS

Miguel Temboury Redondo

ESTÁNDARES DE CONFLICTO DE INTERÉS

*Miguel Temboury Redondo**

Antes de abordar el tema, quisiera hacer unos planteamientos generales que van a tener básicamente la forma de dos preguntas: la primera pregunta es ¿qué? y la segunda pregunta es ¿por qué?

En cuanto a ¿qué?, cuando se habla de conflicto de interés, de lo que estamos hablando es de *estándares de conflicto de interés*, que es el título de mi ponencia.

Yo entiendo que el conflicto de interés al que me debo referir es el conflicto de interés que tienen los árbitros o el conflicto entre dos intereses que deben tener los árbitros. El interés que se presume a todo árbitro por impartir una justicia material y procesal, y, el interés que puede, en determinadas ocasiones, tener un árbitro para favorecer a una de las partes. El problema es de conflicto de interés, pero sobre todo cuando hay prevalencia de un interés sobre otro completamente obvio y la prevalencia de un interés de favorecer a una de las partes sobre el interés de impartir completamente justicia.

Veremos en las disposiciones legales aplicables, tanto peruanas como españolas, que este conflicto de interés se denomina también independencia e imparcialidad de los árbitros.

* Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid. Abogado del Estado (excedente). Ex Jefe en la Secretaría de Estado de Economía, Energía y PYME. Ex Director del Gabinete del Ministerio del Interior de España.

Quiero responder en segundo lugar al porqué, es decir, por qué en casi todos los eventos de arbitraje hay una parte dedicada a la independencia e imparcialidad de los árbitros, a los conflictos de intereses de los árbitros; por qué tiene especial importancia. Por qué esto no se produce generalmente cuando se asiste a congresos o ponencias en materia de procesal civil, en materia de procesos judiciales sustanciados por la jurisdicción ordinaria que generalmente son la alternativa natural al procedimiento arbitral.

Hay tres motivos fundamentales por los cuales la materia del conflicto de interés es especialmente sensible en materia de arbitraje.

El primero de ellos es que en el procedimiento judicial, se puede decir, que no resuelve propiamente un juez, el que resuelve realmente, es el Estado. En España cuando se dicta una sentencia, se dicta en nombre de su Majestad el Rey. Es verdad que la dicta un juez, la dicta una Sala, la dicta una serie de magistrados, pero siempre lo hacen con un poder del Estado o como encargados por el Estado de impartir justicia, y el Estado se presume, por lo menos en el arbitraje interno neutral y también en el arbitraje internacional, se presume a lo mejor lo contrario a neutral.

En cualquier caso la relación con el árbitro no es la misma, en el arbitraje el que imparte justicia es un árbitro, es una persona y en el procedimiento judicial hay unos mecanismos de depuración en la decisión de una persona que pasan por las distintas apelaciones y que en el caso de haber obtenido un pronunciamiento que no sea imparcial, puede ser subsanado en instancias posteriores.

En segundo lugar tenemos la difícil relación en el arbitraje o la difícil coexistencia siempre entre el árbitro dirimente y el árbitro de parte. Es decir, los estándares de conflicto de interés. En la práctica, quizá no debería ser mencionada en el procedimiento judicial, la posibilidad que se tiene de subsanar un pronunciamiento judicial defectuoso.

Y el tercer aspecto, insisto, es que la decisión arbitral no es recurrible. En la decisión arbitral existen unos motivos basados en la anulación del laudo, pero en principio no se puede entrar concretamente en la motivación del laudo, de ahí que sea especialmente importante garantizarse la independencia y la imparcialidad del árbitro.

La discusión de estas dos preguntas es que, efectivamente, la relativa a los conflictos de intereses es un punto en el cual siempre tenemos que volver en los congresos de arbitraje porque realmente es un punto complicado y un punto neurálgico del arbitraje, y que además admite muchas zonas grises como veremos a continuación:

¿Cuáles son los estándares en materia de conflicto de interés? Éste va a ser el segundo bloque al cual me referiré.

Aquí podemos acudir tanto a las normas reguladoras del arbitraje, como a los estándares internacionales. Me interesa hacer una referencia específica a la ley española de arbitraje, que en este punto es muy similar a la ley peruana de arbitraje.

El artículo 17 de la ley española de arbitraje dice que todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje, independiente e imparcial y, en todo caso, no podrá mantener relación personal, profesional o comercial. Este precepto, que tiene una relación prácticamente idéntica en el artículo 28 de la ley de arbitraje peruana, pone de manifiesto, en primer lugar, que los estándares de conflicto de interés, lo que suponen son un mandato a los árbitros, no se establece como mandato a las partes. Este precepto legal no establece un mandato a las partes; podría decir perfectamente a las partes que se abstendrán éstas, en todo caso, de nombrar un árbitro que pueda no ser independiente e imparcial, si es la competencia de las partes; incluso de las instituciones arbitrales. El mandato va dirigido directamente a los árbitros.

Pero, cómo se manifiesta ese mandato, cómo se manifiesta la obligación que deriva para los árbitros de ese mandato. El artículo 172 de

la ley de arbitraje que tiene un paralelo en el artículo 28.1 también de la ley de arbitraje peruana, establece lo siguiente, y aquí es donde me parece debemos detenernos para meditar un poco, y dice: «la persona propuesta para ser árbitro, deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia». Este prefecto creo que merece diversas reflexiones. La primera de ellas es que podríamos definir que ya está, eso es todo.

Y esto me recuerda lo que a veces ocurre en España, con determinados políticos, cuando dicen que han puesto su cargo a disposición de su inmediato superior; la pregunta inmediata es, pero bueno, ¿ha dimitido o no ha dimitido?

Aquí se podría decir lo mismo, el árbitro renuncia o no renuncia. Y lo que le dice el mandato legal es que deberá poner de manifiesto aquello que dé lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad. De ello se deriva, en mi opinión, una consecuencia muy importante, cuando el árbitro no renuncia por considerarse imparcial, realmente a lo que está dando lugar es a decir: «oiga, usted puede a lo mejor dudar de mi independencia e imparcialidad, pero yo en mi fuero interno, sé que soy independiente e imparcial, y por eso me limito a notificarle a usted, es decir que aquí podríamos hablar de otro conflicto, no propiamente de interés, pero sí conflicto entre lo que considera el árbitro en su fuero interno o lo que puede considerar una parte.

Volvemos aquí al tema de la motivación. A mí esto me recuerda la vieja doctrina de los sofistas. Los sofistas eran una de las primeras escuelas filosóficas, en las cuales se considera que no es verdad aquello que es verdad *per se*, sino aquello que se argumenta de forma más eficaz y en la vieja Grecia clásica, surge la escuela de los sofistas, precisamente, en el mundo de los abogados, y Sócrates lucha denodadamente contra esto.

Entonces, mi reflexión es si estos estándares de conflicto de interés tienen por objeto evitar que el árbitro se convierta en un sofista y

no tiene por objeto evitar que las partes consideren que el árbitro es un sofista, es decir, que el árbitro sin renunciar a la verdad o sin renunciar a ser imparcial, en cierto modo, está argumentando, de manera eficaz para aquello que más le pueda interesar.

Vuelvo a insistir, la pregunta es, ¿o renuncia o no renuncia?

Pues, bien, en este caso no renuncia, yo creo en mi fuero interno que soy imparcial, pero lo pongo de manifiesto ante ustedes. Y en este caso es cuando las partes deben intervenir.

Cuáles son estos estándares, o cuáles son los estándares de conflicto de interés que rigen en materia internacional. Aquí tenemos — como ocurría anteriormente en materia de prueba— una guía muy importante establecida por la International Bar Association (IBA), que es una distinción que en mi opinión, es bastante interesante; hace prácticamente las veces de un semáforo, distingue entre un listado rojo, un listado naranja y un listado verde.

El listado rojo contiene una enumeración exhaustiva de situaciones que pueden dar lugar a conflicto de interés y tiene a su vez una distinción, el listado rojo no renunciante y el listado rojo renunciante. El listado rojo no renunciante es aquél que supone automáticamente un conflicto de interés o mejor dicho una prevalencia de interés de favorecer a una de las partes o una presunción de prevalencia de interés en favorecer a una de las partes sobre el interés de impartir justicia. Un ejemplo característico es el de la identidad del árbitro con una de las partes o el de trabajar el árbitro para una de las partes.

El segundo listado, es el listado rojo renunciante. Lo constituyen aquellos supuestos en los cuales se puede dar la situación de conflicto de interés o existe esta situación de conflicto de interés, pero puede ser levantada expresamente por las partes. Un ejemplo característico es una vinculación profesional pasada con una filial de las partes o tener acciones de una de las sociedades.

Tenemos a continuación el listado naranja, que es una enumeración de situaciones específicas que pueden crear dudas acerca de la imparcialidad de los árbitros y que determinan que deba ponerlo de manifiesto, pero que si no da lugar a una recusación, a una objeción expresa por una de las partes, entonces, podrá seguir adelante el árbitro.

Y al final tenemos un listado verde, que es una enumeración de circunstancias, que en algún momento cabría la pregunta de por qué hay obligación de manifestarlo, puesto que en definitiva no supone un conflicto de interés o que se presume que no constituye un conflicto de interés. En este caso, se incluirán algunos supuestos, como podrían ser, por ejemplo, el haber publicado artículos doctrinarios sobre la materia de que se tratase u otras situaciones análogas.

La conclusión de todo ello es que en materia arbitral, el tema del conflicto de interés es mucho más estricto que, obviamente, en materia judicial. En materia judicial, la ley española dice que las partes tienen derecho al juez ordinario y predeterminado por la ley, y solamente se establecen algunas situaciones o algunas causas de abstención y de recusación.

La ley de 1988 remitía en materia arbitral a las causas de abstención y recusación establecidas para los jueces, pero esta distinción ha desaparecido en la ley del 2003, por lo cual nos situamos una vez más en el arbitraje, en una situación bastante característica, en las cuales las cuestiones más importantes son dejadas a una flexibilidad que depende mucho del casuismo, pero en el cual también existe un posible conflicto de interés añadido. El conflicto que existe en este caso, entre los árbitros que en su fuero interno se consideran absolutamente imparciales, a pesar de determinadas circunstancias, y entre las partes y también las instituciones arbitrales. En este punto y en lo que a mí toca como presidente de una institución arbitral, siempre somos un poco más exigentes que los árbitros, por cuanto siempre pensamos que «la mujer del César no solamente tiene que ser honesta, sino que además tiene que parecerlo».

Quiero concluir haciendo mención a algunos casos de jurisprudencia recientes, en especial, a un caso que ha tenido bastante eco y que ha sido el resultado de una sentencia dictada por la Corte de Apelación de París el pasado 12 de febrero de 2009, y que ha anulado un laudo dictado en el arbitraje de la CCI por falta de independencia e imparcialidad del tribunal arbitral. Ocurrido este caso que enfrentaba a una empresa italiana y a otra griega, fue nombrado presidente del tribunal arbitral un abogado, *counsel* de un conocido despacho de abogados internacional con oficina abierta en París y que reveló al momento de ser nombrado, que su despacho había trabajado para con la matriz de la empresa italiana en Washington y en Milán.

Pero, he aquí que durante el arbitraje, ese mismo despacho, sin que se enterase el árbitro, trabajó en un asunto bastante sustancial para una empresa perteneciente al mismo grupo que la empresa italiana en Pekín y que el árbitro no lo reveló. La empresa griega cuando se enteró de esto, intentó recusar al árbitro sin éxito; la CCI rechazó la recusación y, posteriormente, se impugnó el laudo, y la Corte de Apelación de París anuló el laudo basándose en que debe existir, en todo despacho de abogados, un sistema de control de conflictos permanente durante el arbitraje, y que este sistema debe dar lugar a que posibilite, para los árbitros, poner de manifiesto las partes de cualquier momento o circunstancia que establezca o que pueda establecer alguna duda justificada sobre independencia e imparcialidad. Esta duda justificada es una duda de carácter objetivo y no subjetivo, es decir, prescinde del concepto de fuero interno de las partes para centrarse en el aspecto objetivo y en la apariencia de conflicto que pudiese existir.

Insisto en los problemas que suscita la materia de conflicto de interés, en los cuales las interpretaciones muchas veces no son coincidentes entre los árbitros, principales interesados en continuar adelante con el arbitraje y entre las partes y las instituciones arbitrales, pero en cualquier caso deben ser tratados con especial cautela porque siendo el arbitraje una institución basada en la voluntad de las partes, para

que exista voluntad debe existir confianza y, para que exista confianza debe existir conocimiento; el conocimiento en particular en casos de conflictos de intereses y las posibles circunstancias que den lugar a ello.

7.

LA EXPERIENCIA ARBITRAL PERUANA
EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

Gonzalo García-Calderón Moreyra

LA EXPERIENCIA ARBITRAL PERUANA EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

*Gonzalo García-Calderón Moreyra**

Como esto se trata de una retrospectiva, y a mí siempre me ha gustado contar historias, quiero comenzar el tema como un cuento.

Había una vez un país que había alejado a la inversión extranjera, ya que había nacionalizado y/o expropiado empresas de toda índole, de naturaleza comercial, agrícola, industrial, pesquera, petrolera, bancaria entre otras y ningún empresario privado invertía en ese país por temor a perder su inversión. Incluso cuando ese Estado pedía prestado dinero, tampoco el mundo financiero o bancario le prestaba. Un día este Estado encuentra petróleo en la selva y decide que para poder utilizar el petróleo debía llevarlo hacia la costa y, para ello, necesitaba hacer un oleoducto que lleve el petróleo desde la selva hacia la costa para su producción y posterior comercialización y, en consecuencia, requiere necesariamente dinero para hacer una inversión, ya que el costo del oleoducto excedía la capacidad económica de ese Estado, para lo cual solicita préstamos al exterior y por más esfuerzos que realiza, no logra conseguir el dinero, por más esfuerzos de sus gobernantes, nadie confía en su palabra y en sus instituciones, hasta que un buen día consiguen que un Banco extranjero les dé el crédito solicitado.

Este inversionista acepta prestarles el dinero, pero señala condiciones e indica que frente a cualquier incumplimiento o decisión del

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio del Estudio García-Calderón, Vidal & Montero Abogados.

Estado respecto a su inversión, el inversionista no se sometería al Poder Judicial de dicho Estado, sino a una competencia distinta. Obviamente, quien otorgaba el crédito no aceptaba someter esa controversia futura, en caso naciese, al Poder Judicial de ese Estado. El Estado, urgido por ese dinero, acepta someter cualquier controversia que surja con relación a ese préstamo y negocia con ese prestamista para que cualquier conflicto vaya a ser resuelto por un neutral, es decir, ni por el juez del país del inversionista, llámese el Poder Judicial del país del inversionista, ni por el Poder Judicial del país que había solicitado el crédito.

Finalmente, las partes arriban a un acuerdo y estas partes pactan que esa controversia, en caso de surgir, sería resuelta en Londres bajo ley de ese Estado y bajo reglas arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional.

Evidentemente, sonaba exótico para el acreedor que el deudor le exigiera reglas de sometimiento al Poder Judicial del propio Estado, ya que consideraba que las decisiones de gobierno no eran suficientemente controladas por los otros poderes del Estado y el Poder Judicial no era lo independiente que debía ser y, es por ello que exige que para, finalmente, prestarles el dinero se debería someter cualquier futura controversia al arbitraje internacional.

Sin embargo, habiendo suscrito ya el contrato, ese país genera automáticamente conflictos, se generan revueltas, se generan incidentes, se generan opiniones que sostenían que se había claudicado de la soberanía nacional, que el Estado debía limitarse a resolver sus controversias exclusivamente bajo su ley y bajo su jurisdicción, que era inaceptable lo que el gobierno de turno había suscrito.

El gobierno de turno manejado por militares no acepta las críticas y deporta a decenas de personas que consideraban ese acuerdo «entreguista y lesivo» a la soberanía; incluso, deporta al Decano del Colegio de Abogados, a su Junta Directiva, a políticos, a ex gobernantes, a periodistas que denuncian ese contrato, etc., etc.

Eso ocurre en ese país a mediados del año 1970. Ese tema motivó cantidad de páginas e inclusive libros de más de setecientas páginas que señalaban ese tema como un error.

A menos de veinte años, ese mismo Estado, a inicios del año 1990, cambia la situación jurídica y señala que los conflictos derivados de una relación contractual, incluso los celebrados por el Estado, podrían solucionarse por la vía arbitral, señala que todo contrato del Estado y las personas de Derecho Público con extranjeros podrían ser sometidos a tribunales arbitrales, dicta normas de fomento a la inversión privada, ratifica el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, conocido con el nombre del CIADI en el año 1993, ratifica convenios OPIC (Overseas Private Investment Corporation), ratifica convenios MIGA (Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión), ratifica la Convención de Nueva York del año 1958 y ratifica la Convención de Panamá de 1975; todo ocurre, repito, a menos de veinte años de ocurridos los hechos que les cuento de esta historia.

Independientemente de ello, se comienzan a suscribir convenios bilaterales de inversión, tratados de libre comercio y se dicta una muy moderna ley de arbitraje el año 1996.

Esta historia que la he comenzado como novela, es la historia del Perú, y hoy día el Perú goza de inversión extranjera, básicamente porque cuenta con estabilidad jurídica, con lo que se denomina hoy día el pilar jurídico fundamental de la inversión extranjera en el mundo que es el arbitraje. Sin arbitraje no existiría posiblemente una inversión como la que vemos el día de hoy, porque históricamente saben ustedes perfectamente, que un inversionista tenía dos mecanismos para resolver sus controversias, o agotaba la vía interna del Estado receptor de la inversión, es decir, se sometía al Poder Judicial del mismo Estado que supuestamente el inversor consideraba que había incumplido las condiciones de libre mercado, las condiciones de igualdad, las condiciones que corresponden a cualquier inversionista, o solicitaba la protección diplomática de su Estado para que acuda en defensa de sus intereses.

Evidentemente, hoy en día el arbitraje se ha convertido en la piedra angular, y es natural que eso suceda, porque imagínense ustedes un inversionista va a dudar de la independencia e imparcialidad del Poder Judicial de un Estado que ha llevado adelante un acto perturbatorio a la actividad empresarial.

Cómo creer en el Poder Judicial de ese mismo Estado, cuando el Poder Ejecutivo expropia directa o indirectamente un bien y, en consecuencia, el arbitraje se convierte en un mecanismo independiente que bajo reglas propias y autónomas diseñadas bajo un marco normativo de flexibilidad, pero dentro de una seguridad jurídica, genera esa confianza en un sistema privado de justicia que cuenta con el apoyo del propio Estado.

Lo que he referido es la experiencia arbitral en materia de inversiones en el Perú, el cambio drástico, yo diría inclusive brutal; es la revolución histórica desde el punto de vista jurídico más importante que ha ocurrido en el Perú en los finales del siglo XX, y eso permite justamente, recibir a la inversión extranjera en nuestro país. Es por ello que inversionistas de todos los países como, por ejemplo, respecto a España, ha invertido varios cientos de miles de millones en el Perú, porque se siente protegido respecto a que frente a cualquier controversia que surja con relación al Estado peruano y a la inversión extranjera en nuestro país, será resuelta por la vía arbitral.

Evidentemente, el CIADI, se ha convertido, al igual que la Convención de Nueva York, en convenios de alcance mundial, y en mi cuento, todos los vecinos de ese país se sometieron justamente a estos tratados, porque todos empezaron a pelear por la misma inversión, y el país y sus vecinos empezaron a celebrar esta multitud de tratados bilaterales de protección a la inversión. Esto ha sucedido en nuestro continente, últimamente dos de esos vecinos, Bolivia y Ecuador, han denunciado el CIADI y, evidentemente, los argumentos son los que comentamos en esta historia, exactamente los mismos que se utilizaron en los años setenta en el país de mi cuento.

Lo que está sucediendo en Bolivia y Ecuador es que ya no están recibiendo inversión extranjera y, evidentemente, no lograrán el ansiado desarrollo que hemos comentado. Es por eso que este cuento tiene aún una historia por continuar que, seguramente, veremos en el siguiente Congreso.

Lo que sí quiero comentarles es que el Perú, al haber suscrito el CIADI y haber sometido la solución de controversias, como es natural, ha sido demandado y no le ha ido mal al Perú.

El Perú ha sido demandado en los casos de la minera ORSA que se arregló mediante una transacción, entre los años 1998 y 1999, el caso Luchetti, el caso Duke Energy, el caso Aguaytía y el caso del ciudadano chino.

En el caso de Aguaytía, el Estado peruano ganó; en el caso de Duke Energy el Estado peruano perdió parcialmente y ha solicitado la anulación del laudo que está en estos momentos en vía de revisión; y en el caso de Luchetti el tribunal arbitral declaró fundada la excepción de incompetencia que había sido deducida por el tribunal peruano, hecho que motivó, evidentemente, el cierre de ese expediente.

Cosa inversa ha sucedido, y creo interesante tratar el último caso que aún se encuentra en giro en el CIADI contra el Estado peruano, y es el caso del ciudadano chino Za Yap Chun. El CIADI registra la solicitud de arbitraje en febrero del 2007. El 26 de noviembre se lleva a cabo la primera reunión entre los árbitros y las partes, en donde se señalan cuáles son las reglas que van a llevar a cabo ese procedimiento. El Estado peruano objeta la jurisdicción del CIADI, básicamente porque el ciudadano chino señala que la disputa se origina por violaciones al comercio que el Estado peruano ha llevado adelante por intermedio de la SUNAT. El ciudadano chino aduce que la SUNAT ha iniciado una serie de acciones, embargos, que han destruido sus operaciones comerciales y la viabilidad económica de su empresa al realizar embargos arbitrarios sobre sus cuentas bancarias que le impiden seguir desarrollando el comercio internacional.

El Estado peruano antes de contestar el fondo de la controversia, deduce la excepción de incompetencia señalando varias cosas; en primer lugar, que el ciudadano chino no se encuentra protegido por el tratado de protección de inversiones celebrado entre el Perú y la República Popular China, básicamente porque no es un ciudadano chino, dice el Estado peruano, sino es un ciudadano de Hong Kong y, en consecuencia, no se le aplica el tratado de inversión suscrito. En segundo lugar, señala que lo que el ciudadano chino califica como inversión, en realidad no lo es, se trata de una especulación mercantil, pero no es una inversión bajo los cánones del tratado de protección recíproca de inversiones suscrito entre ambos Estados. Y, por último, señala que no se trata, y lo pone como excepción de una expropiación porque no ha hecho valer una demanda en ese sentido de manera interna ante el fuero nacional. Esa excepción ha sido declarada infundada por el tribunal arbitral, y está conociendo el fondo de la controversia.

Los temas que el tribunal arbitral ha señalado son, en primer lugar, que la ley aplicable es, sin duda, como lo señala el convenio CIADI, la ley peruana, pero también sus normas de Derecho Internacional Privado y sus normas de conflicto. Esto es bien importante porque hay que aplicar un factor de conexión que le corresponda a la categoría jurídica que está siendo analizada, si hablamos de obligaciones, el libro décimo del Código Civil establece que se aplica, primeramente, la ley de voluntad de las partes y, en defecto de ella, la ley del lugar de la ejecución de la obligación; pero además todos los tribunales CIADI hoy en día, es recurrente, así ha sucedido con el caso Aguaytía, así ha sucedido con el caso Duke Energy contra el Estado peruano se aplican los principios de derecho internacional aceptado por ambos países contratantes, lo cual es un tema para discutir largo, de cuáles son estos principios de Derecho Internacional reconocidos por los países porque, evidentemente, estamos dentro de un amplio concepto bastante vago.

En segundo lugar, señaló el tribunal arbitral que la definición de inversión, en el tratado suscrito entre el Gobierno Popular Chino y el Estado peruano, era un concepto amplio, y dentro de esa amplitud,

calza todo tipo de participaciones en sociedades, acciones, derechos, activos, bienes muebles, hipotecas, concesiones, derecho de dinero y, en consecuencia, la inversión de este ciudadano chino calza dentro del concepto de inversión.

Por último, señala respecto a la nacionalidad del ciudadano chino, que el Estado peruano consideraba que no lo era, sino de Hong Kong, que era aplicable el tratado por una serie de consideraciones que el tribunal considera de aplicación.

Respecto al tema de la expropiación, considera que es un tema de fondo que no lo puede descartar *a priori*, y que eso será materia de discusión en el procedimiento que se está llevando a cabo. Adicionalmente, en esta excepción de incompetencia entre el gobierno peruano y el ciudadano chino, se discute un tema que ya han escuchado ustedes, que es el de la nación más favorecida, en donde el tribunal arbitral utiliza como argumento, una jurisprudencia bastante interesante con respecto a otro caso CIADI, entre un inversionista llamado PLAMA contra el gobierno de Bulgaria y utiliza ese argumento para llevar también el concepto de la nación más favorecida respecto a este caso entre el ciudadano chino y el gobierno peruano, para finalmente fallar. Hace muy poco, hace un par de meses, declara que el centro de arbitraje tiene jurisdicción para conocer el fondo de la competencia y el tribunal puede conocer respecto a la diferencia sobre expropiación indirecta que había planteado el demandante.

El concepto de expropiación es un concepto de expropiación indirecta y no la clásica expropiación directa como, por ejemplo, con el aeropuerto Jorge Chávez, que el Estado peruano decide ampliar la segunda pista del aeropuerto y expropia directamente los terrenos aledaños al aeropuerto. Lo que el ciudadano chino alega es una expropiación indirecta que tiene unas reglas y unos conceptos distintos que estaremos muy atentos, evidentemente, al resultado que el tribunal arbitral indique con respecto al fondo de la controversia.

8.

EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD EN EL ARBITRAJE

Mario Castillo Freyre

EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD EN EL ARBITRAJE

*Mario Castillo Freyre**

El día de hoy voy a ocuparme de un tema cuya referencia resulta práctica usual en los procesos arbitrales, pero ocurre que sus alcances son algo difusos y muchas veces equívocos.

Se trata del denominado «principio de flexibilidad en el arbitraje».

No está de más comenzar esta exposición señalando que cuando la doctrina arbitral trata acerca de las características de los procesos arbitrales, se efectúan muy breves menciones a la flexibilidad del arbitraje, no habiendo encontrado un desarrollo orgánico de esta figura.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que la flexibilidad del arbitraje se conceptualiza, en primer término, con el propósito de establecer una diferencia entre la rigidez de los procesos de la justicia ordinaria y los procesos arbitrales.

Como se recuerda, el Código Procesal Civil peruano y, en general, los códigos de procedimientos civiles en el mundo, establecen términos y procedimientos cuyas normas tienen carácter de orden público, es decir, que, salvo casos absolutamente excepcionales, las partes no pueden disponer algo distinto con respecto a tales disposiciones.

* Profesor principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio que lleva su nombre.

Por el contrario, la Ley de Arbitraje del Perú y, en general, las leyes arbitrales del mundo, si bien contienen grupos de normas de carácter imperativo, como por ejemplo, las relativas a la materia arbitrable, también comprenden otras muchas de carácter dispositivo, con respecto a las cuales las partes pueden establecer disposiciones particulares, incluso apartándose del texto de la propia ley.

La idea general en el arbitraje, es que las partes puedan establecer las normas que rijan el proceso, amoldando sus etapas y desarrollo a sus propios intereses.

Tratándose de una justicia privada, va implícito en el concepto del arbitraje esa libertad que tienen las partes para autorregular el proceso, de la manera que consideren más conveniente para resolver sus conflictos.

En síntesis, la primera aproximación a la flexibilidad en el arbitraje, se da por oposición a los procesos de la justicia ordinaria.

Este primer aspecto de la flexibilidad está contemplado expresamente en la primera parte del inciso 1 del artículo 34 del Decreto Legislativo n.º 1071, cuando se establece que las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones.

En segundo lugar, consideramos que existe otro alcance en torno al principio de flexibilidad, y el mismo puede estar relacionado a las facultades de las partes y de los propios árbitros, de ir amoldando el proceso de la manera que consideren más conveniente para el esclarecimiento de los hechos, naturalmente, sin contravenir el debido proceso, ni afectar la equidad en el trato de las partes.

Nos referimos a supuestos muy concretos, como es el caso en el cual las partes pueden acordar —cuantas veces lo consideren conveniente— pedir al tribunal arbitral una suspensión del proceso, para

negociar y llegar a un acuerdo transaccional (situación que tiene límites muy estrictos en materia de los procesos ordinarios).¹

Así también, si una parte solicitara al tribunal arbitral que se disponga la realización de una audiencia no prevista, como podría ser el caso de una audiencia extraordinaria informativa sobre hechos, el tribunal arbitral podría acceder a tal pedido, el mismo que, por lo general, contará con la aceptación de la contraparte y, aun en caso contrario, la realización de una audiencia de esta naturaleza, a pesar de no estar prevista en las reglas del proceso, no violentaría, en modo alguno, el tratamiento equitativo de las partes.

Asimismo, la flexibilidad del arbitraje se manifiesta en las facultades de que disponen los tribunales arbitrales para disponer el complemento de las reglas del proceso, en caso el convenio arbitral o el acta de instalación hubiesen omitido regular determinados aspectos necesarios.

Este segundo aspecto de la flexibilidad está recogido expresamente en la segunda parte del inciso 1 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje, cuando se establece que a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Este aspecto también se manifiesta en lo establecido por el inciso 3 del referido artículo 34, cuando señala que: «Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de dicho Decreto Legislativo».

¹ El artículo 319 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

Artículo 319.- «Suspensión convencional

La suspensión acordada por las partes requiere aprobación judicial. Se concederá sólo una vez por instancia y no puede ser mayor de dos meses en cada caso».

(El subrayado es nuestro).

De igual modo, el referido inciso 3 agrega que: «Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral».

Sin duda, esta norma abre una puerta muy grande para que los tribunales arbitrales puedan hacer aplicables en estos casos, las normas que consideren más convenientes y queda abierta la permanente interrogante acerca de si las normas del Código Procesal Civil, resultan o no aplicables supletoriamente, a los procesos arbitrales.

Como se podrá apreciar, hasta este punto la aplicación del principio de flexibilidad es relativamente pacífica, en la medida de que el mismo se manifiesta, ya sea en la adopción de las reglas del proceso por las propias partes o, en su defecto, por el tribunal arbitral; o, finalmente, por la facultad que tienen los tribunales arbitrales para actuar en defecto de disposiciones preestablecidas, para el adecuado desarrollo del proceso.

Por otra parte, cabe recordar que este esquema era fundamentalmente el que regía la flexibilidad del arbitraje en el Perú hasta el 31 de agosto del año pasado.

Decimos esto, en razón de que el Decreto Legislativo n.º 1071, nueva Ley de Arbitraje, ha incorporado un inciso 4 de contenido novedoso, el mismo que establece que:

El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

Estimamos que la peculiar norma citada debe merecer una lectura mejorada y razonable, en el sentido de situarla fuera de la arbitrariedad y la contravención al debido proceso.

Pero, debemos admitir que ello resultará bien difícil.

Nos explicamos.

El citado inciso 4 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje, se refiere a la posibilidad de ampliar o modificar plazos por vencer o ya vencidos.

Para el desarrollo de este tema no hay que olvidar que el acta de instalación del tribunal arbitral no sólo es una etapa o acto procesal del arbitraje, sino además, un acto de naturaleza contractual, en el cual las partes y los árbitros manifiestan su consentimiento en torno a las reglas que regirán el proceso arbitral al que están dando inicio.

Este establecimiento de reglas especiales representa un acto de consenso. Entendemos que no debe presumirse que las partes hubiesen dado ese consentimiento si se les hubiese propuesto regular sus disposiciones en sentido diverso.

Es decir, no hay que partir de la idea de que, por ejemplo, un plazo convenido por treinta días, igualmente favorezca a las partes si fuese de quince o de cinco.

No en vano se han pactado treinta.

Además, las partes tienen todo el derecho de hacer sus previsiones y diseñar su estrategia procesal en razón de los plazos establecidos en el acta de instalación, los mismos que son de conocimiento recíproco de las partes y del propio tribunal, y a cuyo cumplimiento se han obligado las partes y los árbitros.

Entendemos que dentro de una sana concepción del principio de flexibilidad, con relación a los plazos pactados en el acta de instalación, un tribunal arbitral podría proponer a las partes, por ejemplo, la ampliación del plazo establecido para el término de actuación de pruebas, o la ampliación de los términos pactados para expedir el laudo arbitral, contado desde la resolución de «tráigase para laudar».

En tales casos, si el tribunal contara con la aceptación de ambas partes, podrá proceder a la modificación o ampliación de dichos plazos, en la medida de que todos quienes intervienen en el proceso estarían dando su consentimiento para modificar los términos de un contrato previo, aquél que tuvo lugar con el acta de instalación del tribunal arbitral.

Por el contrario, entendemos que ni las partes puestas de acuerdo ellas mismas podrían imponer al tribunal arbitral un cambio en las reglas del proceso, sin contar con el asentimiento del propio tribunal.

Del mismo modo, suena lógico que el tribunal arbitral no pueda variar, *motu proprio*, las reglas del proceso, sin contar con el asentimiento de ambas partes.

Este tema resulta doblemente importante en lo que a plazos se refiere, en la medida de que buena parte de las normas que rigen un proceso, son las relativas a los términos que regulan las distintas etapas procesales.

Y una lectura literal del inciso 4 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje podría llevar a la equivocada interpretación de que el tribunal arbitral puede, de manera unilateral, hacer lo que considere más conveniente con respecto a los plazos que rigen el proceso arbitral.

Un ejemplo claro sería el siguiente:

El acta de instalación del tribunal arbitral ha previsto diez días para interponer la demanda y diez días para contestarla.

La parte demandante interpone su demanda el día décimo tercero.

Como es lógico, el tribunal debería rechazar la interposición de dicha demanda por extemporánea, en la medida de que la misma se interpuso tres días después de vencido el término establecido en el acta de instalación.

Pensamos que constituiría una aberración jurídica sostener la licitud de que el tribunal arbitral admita a trámite dicha demanda y, por una mal entendida equidad, otorgue a la parte demandada un plazo de trece días para contestar la demanda y reconvenir, si así lo considerase conveniente.

Por añadidura, si ese tribunal arbitral actuara de este modo, seguramente se cuidará de dejar establecido que con la ampliación del plazo en tres días está tratando a las partes con igualdad, a la par que está otorgando a cada una de ellas suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos; todo ello, en aparente estricto cumplimiento de lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje.

Es lamentable que el inciso 4 del referido artículo 34 establezca estas facultades para los tribunales arbitrales, en relación a los plazos, pues ya se han visto casos de árbitros que actúan de esta manera, convencidos de que su accionar está ajustado a ley.

No obstante, si un tribunal arbitral procediese de esta forma, podrían ocurrir dos cosas:

La primera de ellas es que la parte demandada no interponga recurso de reconsideración alguno contra la resolución que le corre traslado de la demanda extemporánea y proceda a contestarla.

En este caso, será obvio que la parte demandada estará aceptando tácitamente la ampliación del plazo y estará aceptando también que dicha ampliación no afecta sus intereses como parte en el proceso.

Sin embargo, como es de presumir, la casi totalidad de partes demandadas que se encontraran en una situación como ésta, no procederían de esa forma, ya que interpondrían recurso de reconsideración contra dicha resolución, a efectos de que el tribunal la revoque de inmediato y proceda a archivar el proceso, al no haberse interpuesto la demanda dentro del plazo establecido en el acta de instalación del tribunal arbitral.

¿Podría acaso el tribunal arbitral declarar infundado el recurso de reconsideración, invocando las facultades del inciso 4 del artículo 34, invocando, además, el trato equitativo que impone el inciso 3 del mismo artículo?

Consideramos que la respuesta negativa se impone, en la medida de que dicha modificación de plazo sí afecta los intereses de una de las partes, pues al demandado no le dará lo mismo tener tal condición en un proceso o liberarse de la calidad de demandado, con el archivo del expediente; situación que, incluso, podría beneficiarle, definitivamente, si es que hubiesen vencido los plazos de caducidad o de prescripción que la ley, eventualmente, concediera para la interposición de esas demandas.

Por otra parte, debemos recordar también que las normas de la Ley de Arbitraje, por más que muchas de ellas hayan prescindido en su concepción de una necesaria relación con los demás cuerpos legales aplicables al caso, no pueden prescindir —en su aplicación— de una adecuada armonía con el resto del ordenamiento jurídico nacional.

Así, por más que la norma arbitral (nos referimos al inciso 4 del artículo 34 de la Ley) diga lo que dice, los tribunales arbitrales no están facultados para actuar con la más absoluta libertad al respecto, en la medida de que las reglas establecidas en el acta de instalación, constituyen materia contractual, y su modificación pasa, como lo hemos dicho, por un contrato modificadorio en el que intervengan todas las partes que celebraron el contrato primitivo.

De otro lado, no hay que olvidar que el arbitraje, por más flexibilidad que tenga, no puede prescindir de los principios básicos que el Derecho Procesal Civil ha construido y desarrollado en torno al concepto del debido proceso, el mismo que también está recogido como derecho constitucional por nuestra Carta Política de 1993.²

² El inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

Si se incluyó el inciso 4 del artículo 34 en la Ley de Arbitraje, no dudamos que ello obedeció a las mejores intenciones. Sin embargo, un uso de esta norma que contravenga los principios básicos del Derecho de Contratos, los principios básicos del debido proceso y los principios básicos del Derecho Constitucional relativo al mismo, no contribuirá al desarrollo y progreso del arbitraje, sino a su envilecimiento, haciendo proliferar los recursos de anulación de los laudos arbitrales o, ulteriormente, procesos de acciones de garantía que —sin duda— deberían prosperar, en razón de las arbitrariedades que cometa un tribunal arbitral.

Y no hay que olvidar que una buena norma procesal es aquella que garantiza la equidad y la justicia, tanto en manos de un excelente tribunal arbitral, como empleada por un tribunal que no revista tales características profesionales y éticas.

El uso y abuso del inciso 4 del artículo 34 por parte de malos tribunales arbitrales y de malos árbitros, puede constituir uno de los gérmenes del deterioro del arbitraje en el Perú.

En síntesis, el referido inciso 4 del artículo 34 es una pésima norma cargada de los mejores propósitos; y es que dicen que el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones.

Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

[...].» (El subrayado es nuestro).

9.

LA EXPERIENCIA ARBITRAL ESPAÑOLA EN LOS TRATADOS DE
INVERSIÓN

Domingo Bello Janeiro

LA EXPERIENCIA ARBITRAL ESPAÑOLA EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

*Domingo Bello Janeiro**

Sumario: 1. Concepto de arbitraje.— 2. El convenio arbitral.— 3. Antecedentes de la actual legislación.— 4. El Arbitraje de Derecho Administrativo.— 5. Leyes que prevén sistemas arbitrales.— 6. Principios del procedimiento arbitral.— 7. Caracteres del arbitraje.— 8. Arbitraje internacional.— 9. Flexibilidad: capacidad y designación de árbitros.— 10. Eficacia: fuerza ejecutiva del laudo.— 11. Principios básicos del arbitraje.— 12. Fomento de la cultura del arbitraje.— 13. El arbitraje internacional de inversión.

Comienzo mi intervención con el especial agradecimiento, al margen de formalismos protocolarios, por su amable invitación —y presentación— por parte del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Estudio Mario Castillo Freyre para participar en este prestigioso Congreso Internacional de Arbitraje, al que auguro un gran éxito, significando la emoción de encontrarme entre ustedes, para hablar en este caso de la experiencia arbitral española en los tratados de inversión.

1. CONCEPTO DE ARBITRAJE

El arbitraje consiste, básicamente, en un medio de resolución de litigios al margen de las vías judiciales, al cual acudiremos, básicamente,

* Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Coruña. Árbitro del CIADI del Banco Mundial. Miembro de Número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

por razones de celeridad y flexibilidad, que se encuentra regulado en España en la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003 (el Código Civil se refería originariamente al arbitraje en los artículos 1820 y 1821 CC), en la que, como reza su exposición de motivos «su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional, de 21 de junio de 1985», y adoptada por más de 35 países.

La ley, siguiendo un sistema monista, pretende ser una ley general aplicable tanto a los arbitrajes ordinarios como a los arbitrajes especiales, tanto nacionales como internacionales, sin que, si se trata de un Estado, sociedad, organización o empresa extranjera, pueda invocar sus prerrogativas (es decir, inmunidad de ejecución y jurisdicción).

A continuación, me referiré fundamentalmente al arbitraje de derecho, en que los árbitros tienen que resolver mediante la aplicación de las normas jurídicas correspondientes al caso controvertido, aunque la ley española también alude al arbitraje de equidad (en esta modalidad, los árbitros tienen que decidir de acuerdo con los postulados de la justicia material, es decir, de acuerdo con su conocimiento y sabiduría y queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente) y al arbitraje testamentario (artículo 10, que instituido en disposición testamentaria, puede solucionar las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios; no se trata de hacer la partición, sino de prohibir la vida judicial y que se acuda a la arbitral).

2. EL CONVENIO ARBITRAL

Un aspecto central de la regulación en España es el referido al convenio arbitral, que es el acuerdo de voluntades en función del cual las partes deciden someter a resolución una controversia determinada por medio de arbitraje.

En la ley española este convenio tiene que contar con el contenido mínimo que puede constar en el contrato principal o en una cláusula incorporada al contrato principal. Así, conforme al artículo 9:

- a) El convenio debe constar por escrito (sean cartas, télex, fax, etc.).
- b) La controversia presente o futura debe ser determinada o determinable.
- c) Las partes deben tener la libre disposición conforme a derecho (artículo 2.1.).

Quedan excluidos los arbitrajes laborales.

Se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito, pero se contemplan diversas modalidades de constancia escrita y se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior.

Se admite la validez de la cláusula arbitral por referencia, que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado.

Rige el principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral.

3. ANTECEDENTES DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN

En la década de los ochenta las demandas de los operadores económicos y las exigentes tomas de posición de la doctrina, crearon la convicción generalizada de la necesidad de un cambio de rumbo de la legislación española en materia de arbitraje, que diera cumplida cuenta en la legislación de las crecientes necesidades de la práctica.

Así es que en 1981, al existir un contraste entre el creciente desarrollo del comercio internacional y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje, se promulga un Real Decreto (Real Decreto n.º 1094/1981 de 22 de mayo de 1981), el cual habilita al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación para realizar arbitraje en derecho y equidad a través de un servicio de arbitraje comercial internacional. Éste será el origen inmediato de la Corte Española de Arbitraje la cual ha desempeñado un importante papel como centro propulsor del arbitraje en España y de la reforma de su régimen jurídico.

Algunas importantes leyes, en materia de defensa de consumidores y usuarios, de ordenación del seguro privado, de ordenación de los transportes terrestres, de propiedad intelectual, de arrendamientos urbanos o de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que se han dictado en España en los últimos años, prevén expresamente la utilización de técnicas arbitrales de solución de conflictos, lo cual prueba el prestigio de la institución a la que se refiere incluso en su fase virtual, la ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios de 29 de diciembre de 2006.

La Ley de Arbitraje n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988 pretendió suplir las carencias e imperfecciones de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, ya que ella no servía para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni nacional ni mucho menos internacional.

Para ello facilita un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos mediante el uso de su libertad por parte de los ciudadanos, garantizando, al mismo tiempo, que el sistema que se instaure sea igualitario. Tal y como indicaba en su Exposición de Motivos, se trataba, pues, de remover, conforme ordena el artículo 9 de la Constitución, los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra. A tal fin, la ley dota de un amplio margen de actuación al principio de autonomía de la voluntad, que preside el desarrollo del procedimiento arbitral, por lo que las nor-

mas de procedimiento son escasas y reduce la intervención jurisdiccional a la estrictamente necesaria.

4. EL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Así, nos encontramos, antes de la vigencia de la ley actual, dentro de un contexto en el cual, por aludir a un ámbito jurisdiccional, quizá, más sensible y hasta colapsado, que el proceso contencioso-administrativo se desarrolla de forma lenta, en el que aumentan crecientemente la importancia de las medidas cautelares y alcanzan especial trascendencia los denominados medios alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales destaca el Arbitraje de Derecho Administrativo.

Respecto del Arbitraje de Derecho Administrativo es aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración Pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros.

Existirá un buen número de materias y actuaciones administrativas susceptibles de arbitraje, ya que la ley únicamente especifica que deben de tratarse de ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique.

Así el arbitraje se desarrollará con mayor soltura en los conflictos que surjan en la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración. Algunas materias susceptibles de arbitraje son los contratos administrativos típicos y atípicos, los contratos privados de la administración, los convenios entre Administraciones Públicas, convenios urbanísticos y expropiatorios entre otros.

Sin embargo, el arbitraje nunca podrá versar sobre actos administrativos reglados o sobre el ejercicio de potestades discrecionales en sus aspectos reglados, ya que éstas no son materias de libre disposición.

El sistema del arbitraje permite que las personas naturales o jurídicas, puedan someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros, las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

El arbitraje tiene algunas ventajas, entre las que se podrían destacar el factor temporal, en contraste con la larga duración de los procesos contencioso-administrativos, en el procedimiento arbitral los árbitros deberán dictar su laudo en un plazo mucho más breve y no respetar este plazo es una de las causas de nulidad del laudo arbitral.

Otra ventaja importante es el factor de flexibilidad, por cuanto el procedimiento arbitral puede adaptarse a las circunstancias de cada caso, teniendo el principio antiformalista un papel relevante.

Como última ventaja he de destacar el factor de competencia y de especialización, ya que corresponde el enjuiciamiento de la controversia a un conjunto de expertos, distintos en cada caso y conocedores de las materias objeto de debate.

El arbitraje se caracteriza por su voluntariedad en el sometimiento, pues en caso contrario se podrían vulnerar las reglas de unidad jurisdiccional y prohibición de tribunales de excepción y tutela judicial efectiva.

Una segunda característica es la libre elección de los árbitros, es necesario que sean órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. No han de ser las partes las que resuelvan el conflicto, sino un tercero siendo su decisión la que se impone de forma obligatoria.

El laudo o decisión judicial es de obligado cumplimiento para las partes y produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Por tanto, no puede ser revisado en vía jurisdiccional salvo motivos tasados y específicos. Por último, los conflictos deben ser de naturaleza disponible por

las partes, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a Derecho.

En cuanto a su aplicación formal, el arbitraje ha de tener carácter alternativo u optativo, y no debe suponer la exclusión del recurso administrativo ordinario. La Ley trata de fomentar que los ciudadanos se acojan voluntariamente bien al sistema tradicional de recursos, bien al de arbitraje, siempre teniendo en cuenta que este último sistema sustituye también de forma parcial al contencioso-administrativo. De lo que se trata es de conseguir una reducción de la litigiosidad y que el sistema funcione.

Existirá un buen número de materias y actuaciones administrativas susceptibles de arbitraje, ya que la Ley únicamente especifica que deben de tratarse de ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique.

El procedimiento arbitral debe atenerse a una serie de principios que son los de oficialidad, celeridad, contradicción, prueba y defensa, los cuales inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previas al laudo arbitral.

La Ley de Arbitraje de Derecho Administrativo no podrá suponer una limitación ni de los derechos de los ciudadanos reconocidos en el artículo 35 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas ni de los previstos en la legislación procedimental.

5. LEYES QUE PREVÉN SISTEMAS ARBITRALES

Siguiendo las pautas marcadas en la Recomendación n.º 12/1986 del Consejo de Europa, referida a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, en la cual postulaba que los gobiernos adoptasen las disposiciones adecuadas para que en los casos que se prestasen a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial.

Por ello, insisto en que leyes recientes como la de Ordenación del seguro privado, la general para la defensa de los consumidores y usuarios y la de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, la de propiedad intelectual y la de ordenación de los transportes terrestres, así como la de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, por razón de discapacidad crean instancias arbitrales a las que la ley de arbitraje servirá de norma complementaria, especialmente desde el punto de vista procesal.

6. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

El procedimiento arbitral debe atenerse a una serie de principios que son los de oficialidad, celeridad, contradicción, prueba y defensa, los cuales inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previas al laudo arbitral.

Así las cosas, en España la entrada en vigor, el 26 de marzo de 2004, de la vigente Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, ha supuesto un cambio sustancial en el funcionamiento de esta institución al propiciar la creación de las condiciones necesarias para hacer, en el futuro, de nuestro país un referente mundial en la materia, permitiendo un aumento de la vocación internacional, celeridad, eficacia y flexibilidad de los procesos arbitrales y reforzando la seguridad jurídica de los laudos.

Con la nueva Ley se sientan las bases para que España pueda convertirse en un país de atracción para la realización de arbitrajes internacionales, fomentando el intercambio económico y cultural entre nuestras empresas y ciudadanos con el resto de los países, especialmente iberoamericanos y favoreciendo la movilización de capitales al tiempo que se aumenta la seguridad jurídica de las inversiones en el extranjero

El tiempo transcurrido desde la precedente Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, permitió detectar sus lagunas y defectos, re-

sultando necesario adaptar el arbitraje, sobre todo en su vertiente comercial transnacional, a las nuevas necesidades del tráfico jurídico y económico actual, ofreciendo incentivos que hagan atractiva esta vía de resolución de conflictos alternativa a la actuación judicial ordinaria, que contribuya a disminuir la creciente sobrecarga de trabajo de ésta y permita, aparte de mayor celeridad, el ahorro en procesos y costes judiciales.

En primer lugar hay que resaltar que el contexto socioeconómico y político en el que se ha producido la aprobación de esta Ley de arbitraje en diciembre de 2003 difiere sustancialmente del que existía hace quince años, cuando fue aprobada la anterior norma jurídica en materia de arbitraje.

Por ello, hay que destacar que tras la política económica llevada a cabo en los últimos años, la realidad en esos momentos era que nuestro país ocupa una posición mucho más relevante que la que ocupaba en ese momento, siendo destacable el notable incremento del volumen de inversión en el extranjero en sectores estratégicos. Todo esto hay que enmarcarlo en el contexto de una economía global caracterizada por la cada vez mayor interdependencia de las economías y el incremento de los flujos comerciales internacionales.

Dicho contexto económico ha tenido como principal efecto desde el punto de vista jurídico una creciente tendencia hacia la armonización en distintos ámbitos del derecho del comercio internacional. Así, se han impulsado los medios de tutela no judiciales, debido principalmente a la influencia anglosajona, y se ha puesto de manifiesto la conveniencia de armonizar el régimen jurídico del arbitraje. Nuestro legislador, con esta nueva Ley de arbitraje, ha tratado de dar así una respuesta jurídica a esta realidad, adaptándose a las necesidades actuales en la materia. Y se ha optado, además, por una regulación unitaria del arbitraje interno y el internacional.

La nueva Ley moderniza la anterior legislación de arbitraje, del año 1988, y ha creado unas condiciones propicias para hacer de nues-

tro país un atractivo proveedor de servicios jurídicos de alta cualificación, facilitando de este modo la internacionalización de nuestra economía y fortaleciendo la presencia de nuestras empresas en el panorama internacional. Además, el nuevo texto flexibiliza el procedimiento arbitral, agilizando sus instancias, lo que mejora sustancialmente la posición de España en cuanto al arbitraje internacional, pues atraerá a los empresarios extranjeros a someterse al arbitraje en España, al poseer un modelo arbitral más seguro y moderno.

7. CARACTERES DEL ARBITRAJE

La Ley n.º 60/2003 ha introducido importantes novedades en la regulación del arbitraje, y destacan sobre todo su vocación internacional, su flexibilidad y su eficacia.

8. ARBITRAJE INTERNACIONAL

Así, en primer lugar, el legislador se ha basado para elaborar esta norma en la Ley modelo elaborada en 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), adoptada ya por más de 35 países, que responde a un compromiso entre las tradiciones jurídicas continental y anglosajona, y por primera vez se ha regulado en nuestro ordenamiento jurídico el arbitraje internacional.

Esto tiene una gran relevancia, puesto que facilitará la interpretación y aplicación de la Ley en el contexto jurídico internacional, lo cual favorece que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar de arbitraje.

La delimitación del ámbito de aplicación de la Ley es territorial pues se aplica a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional.

La determinación del carácter internacional del arbitraje sigue los criterios de la Ley Modelo, al que debe añadirse otro: cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a los intereses del comercio internacional, que se suma a los tradicionales:

- a) que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes y
- b) que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios .

Se especifica, además, todo ello en el artículo 3 de la Ley n.º 60/2003, que si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral, y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

9. FLEXIBILIDAD: CAPACIDAD Y DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS

En segundo lugar destacamos su flexibilidad, por varias razones. Con la nueva normativa no se impone exigencia restrictiva alguna para ser árbitro, sino que se atiende a la especial cualificación para el nombramiento de los árbitros en virtud de sus conocimientos y formación específica, lo que posibilita, por ejemplo, que notarios y registradores actúen como árbitros.

Asimismo, se deja más libertad a las partes para designar árbitros, como ya digo atendiendo a su específica cualificación en función de la materia de que se trate y se reconoce expresamente a estos últimos la potestad de adoptar medidas cautelares sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria.

Con la nueva legislación, pueden ser árbitros las personas físicas en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no así las jurídicas (v. gr. Corporación de Derecho Público o asociaciones y entidades sin ánimo de lucro), artículo 15. El número siempre será impar y de encomendarse a una corporación o asociación, el presidente se designa por su reglamento.

La designación puede ser directa por las partes; optar por el arbitraje institucional, en cuyo caso la designación será conforme al reglamento de la corporación o asociación o, por último, que las partes elijan un tercero que sea el que designe a los árbitros.

La controversia puede ser actual o futura; lo que sí debe estar ya inicialmente determinado es la relación jurídica, pues en otro caso, si el tercero interviene no para resolver un conflicto sino para integrar la relación (v. gr. determinando el precio final), no estamos ante un árbitro sino ante un arbitrador. El tercero también puede completar la relación jurídica.

El arbitraje puede ser de un sólo árbitro (lo nombrará el tribunal competente a instancia de cualquier parte); de tres árbitros (cada parte nombra uno y éstos el tercero, que será el presidente del colegio arbitral); y arbitraje de más de tres árbitros en que todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

Los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia (regla *kompetenz-kompetenz*). Los árbitros determinan asimismo la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo.

Los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

Los árbitros pueden adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un

reglamento arbitral. Los árbitros carecen sin embargo de potestad ejecutiva.

Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes.

Las materias objeto de arbitraje se determinan sobre la base del criterio de la libre disposición sin efectuar una relación exhaustiva. La arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes.

Prima la autonomía de la voluntad de las partes. Esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido (integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral). Las partes pueden también someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución.

La flexibilidad, el antiformalismo y la máxima libertad es la característica de estos procedimientos

10. EFICACIA: FUERZA EJECUTIVA DEL LAUDO

También es fundamental, en cuanto a la eficacia de la Ley, el hecho de que el laudo tenga fuerza ejecutiva, y que la acción de anulación no suspenda su ejecutividad.

El laudo tiene fuerza ejecutiva. Si éste no es firme el ejecutado podrá solicitar y obtener la suspensión con la prestación de caución.

Asimismo, se establecen unas tarifas para definir los costes, que se reducen, y se moderniza el procedimiento arbitral, potenciando el uso de las nuevas tecnologías, a la vez que se atiende a la especial cualifica-

ción para el nombramiento de los árbitros en virtud de sus conocimientos y formación específica.

El laudo es, con respecto al procedimiento arbitral, lo que la sentencia es con respecto al procedimiento judicial. Hay que dictar el laudo, a excepción de que exista un acuerdo contrario de las partes, en el plazo de seis meses. Una vez transcurrido el plazo sin que se haya dictado el laudo, el convenio arbitral quedará sin efecto y los interesados se pueden dirigir a la vía judicial.

En los procedimientos arbitrales que lleven causa de contratos sometidos al régimen jurídico de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tienen que dictarse en el plazo de tres meses.

Por lo que hace al procedimiento, el cómputo de plazos se efectuará por días naturales (regla no aplicable en el seno de los procedimientos judiciales de apoyo o control).

El plazo para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se computa desde la presentación de la contestación o desde la expiración del plazo para presentarla, por razones de dotar al procedimiento de mayor celeridad. La intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la ley.

La pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga.

La solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone renuncia tácita al arbitraje.

Posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado.

Hay que dar el laudo por escrito, con expresión del lugar en el que se dicta, de las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, la cuestión que se somete a arbitraje, una relación breve de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión arbitral (artículo 37 de la ley).

Ya no resulta preceptiva la protocolización notarial del laudo a no ser que lo pida una de las partes. Así pues, sólo hay que protocolizarlo notarialmente, si lo insta cualquiera de las partes, antes de la notificación y a su costa, y hay que notificarlo de manera fehaciente a las partes. En caso de protocolización el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurrirá entonces desde su notificación.

Contra el laudo, sólo son posibles una serie de recursos muy concretos:

- 1) Recurso de anulación. Conforme al artículo 40, para anularlo, deben alegarse y probarse alguna de las causas siguientes.
 - a) Que el convenio arbitral no exista o no sea válido.
 - b) Que la parte que solicita la anulación no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro, de las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos.
 - c) Que la designación de árbitros o del procedimiento arbitral no se ajuste a lo acordado por las partes, salvo que sea contrario a la ley.
 - d) Que los árbitros hayan resuelto cuestiones no sometidas a su decisión. Por el contrario, las omisiones de lo sí sometido puede complementarse con otro laudo.
 - e) Que haya resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

- f) Que el laudo sea contrario al orden público.
- 2) Recurso de revisión. El laudo firme produce efectos de cosa juzgada, por lo que sólo cabe recurso de revisión conforme al artículo 510 LEC. Cabe decir que no es propiamente un recurso de revisión, sino rescisorio y extraordinario.

11. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL ARBITRAJE

Básicamente, podríamos decir que los principales principios que informan la nueva ley son los siguientes:

- En primer lugar, la modernización del arbitraje
- En segundo lugar, la homologación internacional del arbitraje.
- La flexibilización y agilización del procedimiento y la autonomía de la voluntad
- La ampliación de las competencias de los árbitros
- Y el aumento de la eficacia del laudo.

12. FOMENTO DE LA CULTURA DEL ARBITRAJE

Es fundamental también hacer hincapié en la necesidad de fomentar una cultura del arbitraje en nuestro país. Aunque el arbitraje empieza a ser una realidad en España, y las expectativas abiertas por la nueva Ley son positivas, no esperamos un gran incremento de arbitrajes internacionales con sede en España, al menos a corto plazo, pues antes será necesario que se lleve a cabo una labor de promoción de la institución, tanto en el país como en el extranjero. Es necesario apostar, también a nivel interno, por las soluciones extrajudiciales de los conflictos, y ser conscientes de que al tejido empresarial español, formado en

su mayor parte por pequeñas y medianas empresas, no le compensa perder tiempo ni dinero acudiendo a los tribunales, ya de por sí bastante colapsados.

Asimismo, hay que poner de relieve las grandes ventajas del arbitraje como medio de resolución de conflictos, en comparación con la justicia ordinaria. Esto nos hace pensar que si las empresas lo conociesen en profundidad acudirían al arbitraje sin dudarlo. Sin embargo, desgraciadamente el arbitraje es un gran desconocido para el 40% de las empresas. En este sentido, hay que destacar que más de cuatro millones de empresas, entre pymes y autónomos, pueden ya beneficiarse del proceso arbitral.

Los primeros años de aplicación de la Ley de Arbitraje ponen de manifiesto el interés creciente de la Administración por dotar al ciudadano en general y al empresario en particular de un método alternativo resolutorio de disputas. Además, conviene señalar que el arbitraje no es sustituto de los tribunales ordinarios, sino un colaborador de los mismos, por lo que resulta necesaria una cooperación entre este instrumento y la autoridad judicial, si lo que se persigue es que la institución arbitral funcione convenientemente.

Hay que ser conscientes de que acudir al arbitraje para la resolución de conflictos es un síntoma de madurez de una sociedad. En España se ha mejorado en los últimos años, pero sólo el 10% de las empresas acuden a esta institución para resolver sus controversias nacionales, ascendiendo este porcentaje hasta el 30% en el caso de las internacionales, lo que lo convierte en el tercer medio más utilizado para solucionar conflictos.

En definitiva, creo que esta nueva Ley contribuirá muy positivamente a impulsar el arbitraje en España, y todos deberíamos colaborar en su divulgación, para crear una cultura favorable a esta institución, cultura arbitral prácticamente inexistente en nuestro país hasta el momento. Y, como árbitro internacional, creo que España, y en particular Galicia, gracias a las singulares afinidades con Iberoamérica, que

suponen una importante ventaja competitiva, deben aprovechar el nuevo marco normativo, que ofrece una regulación arbitral de calidad, para potenciarse como sede atractiva y moderna de los futuros arbitrajes internacionales, para que las empresas extranjeras vean a nuestro país como una apuesta segura, por contar con una ley avanzada cuyas líneas fundamentales son conocidas a nivel internacional, por basarse en el modelo UNCITRAL.

13. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

No es ninguna novedad, en el escenario internacional, la reciente nacionalización del petróleo producida en Bolivia o Venezuela y tampoco el recurso a la invasión para proteger los derechos del inversor; así, cuando se nacionaliza el petróleo iraní en 1950, una revuelta motivó la dimisión de su presidente en 1953 y ante la expropiación del Canal de Suez, Francia y Gran Bretaña acuerdan con Israel intervenir militarmente en 1956, puesto que no había ningún Tribunal de Justicia Internacional en que una empresa —o un particular— pudiese demandar a un Estado. Por si acaso, Evo Morales y Hugo Chávez adelantan que si el vecino americano se atreve a usar la fuerza, no habrá petróleo para nadie.

Frente al recurso a la fuerza, en la actualidad, la protección de la inversión extranjera en países en vía de desarrollo se fundamenta en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), de los cuales España ha firmado más de medio centenar, entre otros con Bolivia, Colombia, Venezuela o Argentina.

El contenido de dichos APPRI de España con esos países, al igual que los cerca de tres mil vigentes en todo el mundo, recoge que cada Estado garantiza a los ciudadanos y empresas del otro que las inversiones tendrán tratamiento justo, equitativo y no discriminatorio, con imposibilidad de nacionalización o expropiación, o medida similar, sin indemnización, equivalente al valor de mercado de la inversión expropiada antes de la medida.

La garantía de su cumplimiento estriba, en este caso y en todos los demás APPRI, en la cláusula que permite la reclamación directa del inversor contra el Estado infractor ante el Tribunal Internacional de Arbitraje creado por el Banco Mundial en 1965 en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en las oficinas centrales del Banco en Washington, a donde, finalmente, tendrán que acudir las empresas, por ejemplo petrolíferas, contra los Estados, al igual que ya lo hizo Repsol frente a Ecuador por una diferencia con la empresa estatal petrolífera, si no llega antes a un acuerdo satisfactorio.

Es decir, si, por ejemplo, un inversor español cree sufrir un trato discriminatorio en Colombia, o un inversor colombiano en España, o el Gobierno de dichos países del ejemplo, Colombia o España, expropia su empresa, entonces puede iniciar un arbitraje contra dicho Estado de referencia, Colombia o España, pidiendo a los árbitros que condenen a dicho Estado, español o colombiano según los casos, a indemnizar el perjuicio causado.

El demandante típico suele ser una empresa multinacional y el demandado un país en vías de desarrollo, aunque no siempre (hay también demandas contra los Estados Unidos de América, por ejemplo), y los árbitros elegidos, que no tienen por qué ser necesariamente los que figuran en las Listas del Banco Mundial, elegidos por los Estados, deben cumplir, en todo caso, las cualidades del Convenio de creación del CIADI: gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.

Los laudos del CIADI equivalen a sentencias firmes dictadas por el más alto Tribunal de Justicia de los Estados, de cumplimiento obligatorio, sin apelación, que tendrán que ser ejecutados inmediatamente según consta en el Convenio de su constitución, ahora ya firmado por más de 150 Estados, entre ellos Colombia, Bolivia, Argentina, Venezuela y España.

El primer país condenado de la UE fue España, curiosamente por la reclamación de un ciudadano argentino, cuando ahora el país austral es el que, cuantitativamente, presenta el mayor número de reclamaciones pendientes ante el CIADI, que tiene más de 100 casos en trámite con cantidades en disputa superiores a 40 mil millones de dólares y a los que, probablemente, se hubiera añadido la reclamación contra Bolivia por el Decreto de nacionalización del gas y el petróleo y contra Venezuela por la del petróleo.

Ahora bien, Chávez, al día siguiente de la toma de control del yacimiento petrolífero del Orinoco, retira a Venezuela del FMI y del Banco Mundial, y lo mismo han hecho Bolivia, Cuba y Nicaragua, por lo que, de nuevo, en esos países no hay ningún tribunal internacional ante el cual el inversor expoliado pueda ejercitar sus derechos. Es sabido que ante el Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, sólo pueden demandar los Estados, nunca los particulares y las empresas, aparte de la interpretación muy restrictiva del mismo en cuanto a la legitimación y competencia Y en cuanto al recurso a la invasión, por si acaso ya advirtieron Chávez y Morales que si el vecino americano usa la fuerza, no habrá petróleo para nadie.

Al quedarse los APPRI de esos Estados sin la cláusula que permite acudir al arbitraje internacional del CIADI, los inversores extranjeros, entre ellos la colonia gallega, y quedar limitada la eficacia del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en los términos vistos, por sus problemas estructurales y de que sólo pueden demandar los Estados, ahora, frente a estos países sólo pueden reclamar ante los tribunales internos de justicia del país. Y mientras nuestros paisanos siguen sufriendo secuestros.

Por último, me gustaría transmitirles mi deseo de que esta Jornada les permita profundizar en el conocimiento de las novedades introducidas en la institución del arbitraje por la nueva Ley español con lo cual doy por concluida mi intervención. Confío en que la organización de esta reunión científica de tan alto nivel resulte exitosa y útil para todos, y que vean cumplidas sus expectativas.

Para finalizar, quisiera señalar que puntos de encuentro como este son lugares adecuados para escuchar e intercambiar opiniones y experiencias, por lo que los animo a todos ustedes a participar activamente con el objeto de enriquecer los debates.

10.

EL VOTO DISIDENTE

Edgardo Mercado Neumann

EL VOTO DISIDENTE

*Edgardo Mercado Neumann**

Sumario: 1. Experiencia personal.— 2. Legislación nacional.— 3. Legislación extranjera.— 4. Doctrina.— 5. ¿Cómo se alcanza la mayoría en los órganos colegiados?— 6. Conclusiones.

El tema que me toca exponer, tiene poco tratamiento en la doctrina e incluso es omitido por algunas legislaciones y reglamentos arbitrales. Recibe varias denominaciones como voto particular (Ley General de Arbitraje anterior), voto disidente (Ley General de Arbitraje vigente), voto singular, voto salvado, voto discrepante, entre otros. Sin embargo, todos aluden a aquella situación en donde, debiendo decidirse la causa arbitral por un tribunal, uno o más de sus miembros discrepa de la decisión de la mayoría o se produce una situación de empate entre las posiciones discordantes, o de alguna otra manera, las distintas opiniones no logran formar la mayoría exigida.

1. EXPERIENCIA PERSONAL

Sobre el voto disidente es poco lo que trata la doctrina y menos aún el espacio que le dedican las legislaciones, reglamentos arbitrales institucionales, modelos de normativa internacional, etc., a pesar de que contribuyen a mejorar los fallos arbitrales, en tanto que exhiben el debate

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Edgardo Mercado Neumann.

interno suscitado en torno a la controversia y sirven como precedente para un mejor estudio y uso intelectual del laudo. Pese a ello, es tanta su importancia y está tan presente en la mente de los árbitros a la hora de laudar, que llama la atención la poca dedicación que recibe de juristas y legisladores, en especial cuando nos percatamos de sus profundas implicancias éticas.

En efecto, siendo obligatoria la emisión de un voto fundamentado, siempre existe la posibilidad de que la opinión disidente pueda ser utilizada por malos árbitros como un mecanismo para sostener la posición de la parte que lo eligió o para abrir el camino de impugnación del laudo.

Comencemos, pues, por enfocar el análisis desde la principal de nuestras fuentes: la experiencia personal.

Primer Caso:

Apenas dictado el auto para laudar, uno o dos días después el Presidente, de manera inconsulta, prepara y circula por correo electrónico entre los árbitros un «proyecto de Laudo» completo, es decir con vistos, parte considerativa y parte resolutive. El segundo árbitro al verse conforme con el mismo, el que además le daba completa razón a la parte que lo había designado, inmediatamente, en el día, contestó por la misma vía su conformidad sugiriendo el cambio de sólo una palabra en las más de 90 páginas que tenía el proyecto. El tercer árbitro, es decir quien escribe este artículo, se encontró entonces con dos opiniones sobre un proyecto en el que no había participado y recién se disponía a analizar, sobre el cual sin embargo, ya existía mayoría.

Segundo Caso:

En un arbitraje muy accidentado por las diversas recusaciones de las partes a dos de los árbitros, el Presidente para evitar nuevas suspicacias sugirió, a mitad del arbitraje, establecer varias reglas para «una mayor transparencia del laudo», entre ellas, que cada uno de los árbitros por su cuenta emita un proyecto de laudo, para luego proceder a una comparación entre las tres versiones, de modo tal que habría laudo en la medida de las coincidencias o discrepancias que se identifiquen. Como no escapará a los presentes, si las tres opiniones no coincidían, primaría la del Presidente.

Tercer Caso:

Éste es un caso que no le ha tocado vivir al suscrito, pero que me lo relató el Presidente del Tribunal que impuso la metodología. Recién comenzado el arbitraje, el Presidente del Tribunal dispuso que los otros dos árbitros, los nombrados por las partes, llegado el momento se pusieran de acuerdo en un texto de laudo. Si había acuerdo él también lo suscribiría. Si no había acuerdo, entonces cada uno redactaría su propia decisión y sería su voto el que incline la balanza.

El denominador común en los tres casos, que suele presentarse en la práctica más de lo que uno imagina, es que llegado el caso de laudar el Tribunal por razones diversas no funciona como un órgano colegiado, lo que resulta contrario a la naturaleza del Tribunal, a la ley cuando ésta regula la materia y a la común intención de las partes.

2. LEGISLACIÓN NACIONAL

El Decreto Legislativo n.º 1071 —Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 28 de junio de 2008, derogó la Ley n.º 26572— Ley General de Arbitraje. En su artículo 52 la nueva normativa establece la forma de adopción de decisiones de la siguiente forma:

Artículo 52.- Adopción de decisiones.

1. El Tribunal Arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.
2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda. (El subrayado nos pertenece).
3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.

Como lo establece claramente el inciso segundo del citado artículo, todos los árbitros tienen la obligación de participar y votar en la toma de decisiones y, claramente, esta obligación está priorizada en el laudo arbi-

tral. Obsérvese que no se habla de convocatorias, quóruns, sesiones y actas como es usual en el régimen jurídico de los órganos colegiados.

Cabe destacar que la derogada Ley General de Arbitraje, en su artículo 49 establecía los requisitos del laudo de la siguiente forma: «El laudo debe constar por escrito con los votos particulares de los árbitros, si los hubiera». Tratándose de arbitraje colegiado, basta que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, adhiere al de la mayoría». (El subrayado nos pertenece).

Como vemos, este artículo establecía que todo árbitro, con el fin de plasmar su decisión, debía siempre emitir un voto; ya sea que esté de acuerdo con el de la mayoría o no, y en este último caso debía proceder a la emisión de un voto particular. En el caso que no haga ni lo uno ni lo otro, se entendía que aceptaba la decisión de la mayoría o, según sea el caso, la del Presidente del Tribunal Arbitral.

El artículo 55 del Decreto Legislativo n.º 1071, también hace referencia a la emisión de un voto discrepante, cuando establece la forma del laudo:

Artículo 55.- Forma del laudo.

1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas. (el subrayado nos pertenece).
2. Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.
3. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda. (El subrayado nos pertenece).

En este artículo de la norma encontramos dos importantes referencias al voto particular. En primer lugar, en su inciso primero se señala que los árbitros tienen la facultad de poder emitir su opinión discrepan-

te. Con esta facultad legal, podemos concluir que todos los tribunales arbitrales, además de todos los Centros de Arbitraje, tienen la obligación de permitir que los árbitros emitan un voto particular, es su derecho.

Por otro lado, en el tercer inciso se establece que la falta de una opinión discrepante, será interpretada como que el árbitro se adhiere a la opinión de la mayoría; así la norma está estableciendo además, la obligación de que se emita el voto particular si es que el árbitro quiere dejar constancia de su discrepancia

3. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

3.1. Con respecto a la aceptación del voto particular, encontramos:

- Legislaciones que lo aceptan y regulan:

En primer lugar, recordar que en el *caso peruano*, el artículo 55 del Decreto Legislativo n.º 1071 lo regula expresamente.

Así, se puede apreciar de la lectura del Decreto que norma el arbitraje, que en diversos artículos se manifiesta la existencia del voto particular como herramienta que tiene todo árbitro para establecer una opinión que discrepa con la que sostienen los otros miembros del tribunal arbitral.

También podemos incluir en este tipo a la *legislación brasilera*, (artículo 24 de la ley), la legislación *ecuatoriana* (en donde se refieren al voto particular como el «voto salvado», en el artículo 26 de la Ley n.º 000.RO/145),¹ y la *Venezolana* (Ley de Gaceta Oficial n.º 36.430, artículo 29).

¹ A diferencia de la legislación brasilera donde se establece al voto particular como un derecho del árbitro que se encuentra disconforme con el voto de la mayoría, el «voto salvado» es un deber del árbitro disconforme.

En efecto, la Ley n.º 9.307 de 23 de setiembre de 1996, es la norma que establece las disposiciones sobre el Arbitraje en *Brasil*. En su artículo 24 establece que la decisión de los árbitros deberá ser expresada de modo escrito. Además, señala que cuando sean varios los árbitros, la decisión deberá ser tomada por mayoría; en el caso de que no se alcanzara la mayoría, la decisión será tomada por el presidente del tribunal arbitral. Finalmente, estipula que el árbitro que mantenga una opinión divergente de la mayoría podrá, si así lo quiere, declarar su voto en separado (la traducción nos pertenece).

Podemos apreciar cómo en el caso de la *legislación brasileña*, la norma no señala, a diferencia de la legislación peruana y la mayoría de la legislación hispanoamericana, la obligatoriedad del árbitro que no comparte la opinión de la mayoría, de manifestar los motivos que lo llevan a no compartirla. Más bien, se establece la facultad, sólo si él lo desea, de realizarlo.

En la *legislación ecuatoriana*, podemos encontrar las normas que rigen al Arbitraje y la Conciliación en la Ley n.º 000.RO/145 de 4 de setiembre de 1997. En su artículo 26, se establece que tanto el laudo como las demás resoluciones deberán ser adoptados por mayoría. Además, expresamente señala que todas las resoluciones deberán ser firmadas por todos los árbitros. En el caso de que esta situación no se presente, se señale que «el que no estuviere conforme con los demás anotará su inconformidad a continuación de la resolución anterior y consignará su voto salvado, haciendo constar sus fundamentos». ² (El subrayado nos pertenece).

En *Venezuela*, la Ley n.º 36.430 de fecha 7 de abril de 1998, es la Ley de Arbitraje Comercial, la cual establece en su artículo 29 que «El procedimiento arbitral culminará con un laudo, el cual será

² Ley de Arbitraje y Mediación. Ecuador. http://www.revistalatrampa.com.ar/contenidos/elarchivo/Ley_arb_med_ecuador.pdf

dictado por escrito y firmado por el árbitro o los árbitros miembros del tribunal arbitral. En las actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas y de los votos salvados consignados».³ (El subrayado nos pertenece).

Como vemos, al establecer que se deben consignar las razones de la falta de una o más firmas, lo que el legislador está señalando es la necesidad de que se consigne la opinión (voto particular) del árbitro que tomó la decisión de no firmar el laudo, fundamentando los motivos de tal decisión.

- Legislaciones que no regulan el voto disidente expresamente o lo hacen indirectamente:

La *legislación chilena* presenta uno de los casos donde el voto particular no se encuentra regulado expresamente, pero podemos interpretar de su lectura que sí existe la posibilidad de que uno de los árbitros emita una opinión distinta a la de la mayoría. El artículo 31 señala cuáles deben ser la forma y el contenido del laudo, así como todas las condiciones que se deben cumplir. En su primer inciso, se lee «El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas».⁴ (El subrayado nos pertenece).

La *legislación española*, si bien no regula expresamente la existencia del voto particular, lo que hace es notar la facultad que tienen los árbitros de emitir una opinión disidente, de una forma

³ Ley de Arbitraje Comercial. Venezuela. <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/lac.html>

⁴ Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional. Chile. <http://www.amchamchile.cl/files/Ley%20No%2019971%20Arbitraje%20Comercial%20Internacional.pdf>

mucho más clara que la norma chilena, ya que el artículo 37 de la Ley n.º 60/2003, en su inciso tercero, establece que «Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante». Por otro lado, en su artículo 37 regula el plazo, la forma, el contenido y la notificación del laudo: «salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios».⁵ Estableciéndose, en este inciso, claramente la posibilidad de que existen opiniones distintas a las adoptadas por la mayoría. (El subrayado nos pertenece).

Finalmente, en el mismo artículo, en el inciso tercero, se establece que «Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas».⁶ (El subrayado nos pertenece).

3.2. *Con respecto a la manera en que se forma mayoría:*

- Legislaciones que otorgan voto dirimente al presidente:

En el caso peruano, se establece expresamente que en el caso de que no se alcance la mayoría, el presidente del tribunal arbitral tendrá voto dirimente, así lo podemos encontrar establecido en el inciso primero del artículo 52 del Decreto Legislativo n.º 1071, donde se establece que: «Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente».

Igual situación podemos apreciar en el caso de la *legislación brasileña*, donde su artículo 24, al establecer la forma en que se toma-

⁵ Ley de Arbitraje. España.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.t6.html#a37

⁶ *Ibid.*

rán las decisiones, señala que en el caso de que no se alcance la mayoría requerida, la decisión será tomada por el presidente del tribunal arbitral.

Por otro lado, la *legislación española* también le otorga el voto dirimente al presidente en el caso de que la decisión de los miembros del tribunal arbitral no forme mayoría. Así, podemos ver cómo el inciso primero del artículo 35 de la Ley n.º 60/2003, señala que: «Cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente».

- Legislaciones que no establecen expresamente la figura de la dirimencia:

En primer lugar, encontramos el caso de la *legislación chilena*, donde se establece exclusivamente que las decisiones del tribunal deberán ser tomadas por mayoría, pero no establece cuál es la forma de solución en el caso de que ésta no sea alcanzada. Podemos ver lo establecido en el artículo 29 de la Ley n.º 19971, donde se señala que:

Artículo 29.- Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro.

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal.

Una situación parecida ocurre en el caso de Ecuador, donde la ley tampoco precisa cuál será la forma en que se adoptará la decisión en el caso de que no se alcance la mayoría requerida. Así, la lectura completa del artículo 26 de la Ley n.º 000.RO/145, establece que: «El laudo y demás decisiones del tribunal se expedirán por mayoría de votos. Las resoluciones deberán firmarlas todos los árbitros; el que no estuviere conforme con la opinión de los demás anotará su inconformidad a continuación de la resolución

anterior y consignará su voto salvado, haciendo constar sus fundamentos».

Otro ejemplo lo encontramos en las normas de *Nicaragua*, donde se señala expresamente que la única forma en la que se forman las decisiones es que se alcance mayoría. En ese tenor, el artículo 55 de la Ley n.º 540, aprobada el 25 de mayo de 2005, señala que «En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro Presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal arbitral».

Bajo esa misma línea, encontramos el caso de la *legislación mexicana*, la cual con similar redacción a la norma chilena, se señala como única forma de que un tribunal arbitral puede tomar una decisión es que se alcance la mayoría, en este caso no se prevé la opción de que el presidente tenga un voto dirimente. Así el artículo 1446 del Código de Comercio mexicano señala que: «En las actuaciones arbitrales en que hubiere más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal arbitral.

Por último, hallamos en la *legislación venezolana* la misma situación de vacío, donde la falta de claridad hace imposible conocer cuál es la forma establecida. Podemos ver cómo el artículo 29 de la Ley de Gaceta Oficial n.º 36.430, señala que: «El procedimiento arbitral culminará con un laudo, el cual será dictado por escrito y firmado por el árbitro o los árbitros miembros del tribunal arbitral. En las actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas y de los votos salvados consignados».

4. DOCTRINA

La Doctrina nacional no se ha detenido lo suficiente a la hora de analizar el voto particular como derecho del árbitro que sostiene una opinión disidente a la de la mayoría. Así, distintos juristas han escrito de manera muy vaga sobre el voto particular, en algunos casos limitándose a repetir lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sea para resaltar que los árbitros que no estén de acuerdo con la opinión de la mayoría, podrán dejar constancia de ello, o para puntualizar el hecho de que si las opiniones de los árbitros deben constar por escrito, siguiendo la misma suerte, los votos particulares también deben hacerlo.

Otros que han tratado con mayor profundidad el tema como Fernando Cantuarias, en su libro «Arbitraje Comercial y de las Inversiones», sostiene que «El laudo arbitral debe constar por escrito, bastando que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. En caso un árbitro no firme o no emite un voto particular, se adhiere a la decisión mayoritaria».⁷ (El subrayado nos pertenece).

Dentro del mismo texto, el autor señala que es importante distinguir la existencia de la emisión de opiniones separadas y la existencia de opiniones disidentes. Siendo el primer caso cuando uno o más árbitros están de acuerdo con la parte resolutive del laudo arbitral, pero no lo están con la parte considerativa.⁸

Por otro lado, la emisión de opiniones disidentes consisten en que el árbitro no está de acuerdo con la resolución del laudo arbitral, es decir, no comparte las opiniones del resto de árbitros en lo referido al fallo. En esos casos, emitirá un voto distinto, el cual carece de efectos

⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Arbitraje comercial y de las inversiones». Centro de Información. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, abril del 2007, p. 140.

⁸ *Ibíd.*, p. 309.

jurídicos, debiendo ser considerada, exclusivamente, como una opinión particular, por la propia necesidad normativa de que las decisiones sean adoptadas por la mayoría de los árbitros.⁹

Más adelante, el mismo autor va a señalar la completa validez de la emisión de votos particulares, así como también señala su existencia en otras legislaciones, en las cuales no existe una referencia expresa de estos votos en la normatividad. La Ley Modelo de UNCITRAL, por ejemplo, la cual no obliga ni tampoco prohíbe la existencia de opiniones disidentes.

Otros autores, como Vidal Ramírez, sostienen también la facultad de todo árbitro de poder emitir un voto discrepante, así «el laudo debe ser firmado por los árbitros cuyos votos deben conformar una mayoría y dejándose constancia del voto discrepante».¹⁰ En estas líneas se encuentra una fuerte concordancia entre lo establecido por Vidal y lo que podemos encontrar en el artículo 55, inciso 1 en el Decreto Legislativo n.º 1071 —Decreto Legislativo que norma el Arbitraje—.

Juristas como Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, realizan una importante descripción acerca del voto particular en el laudo arbitral; enfocándolo más que en su existencia o definición, en su requisito de validez para la emisión del laudo. En un importante trabajo de arbitraje, sostienen que: «Dice el artículo 49 (de la antigua Ley General de Arbitraje) que si el tribunal estuviera dividido en lo referente a la solución del caso, deben consignarse por escrito los votos particulares de quienes no están de acuerdo con la mayoría».¹¹

Como se ha sostenido líneas arriba, la derogada Ley General de Arbitraje sostenía de manera más clara y expresa, en comparación con

⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 310-311.

¹⁰ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2009, 2.ª Ed., p. 155.

¹¹ CASTILLO FREYRE, Mario y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 247.

el Decreto Legislativo n.º 1071, la existencia del voto particular, además de su necesaria aparición en el caso de que exista una opinión discrepante, estableciéndolo como requisito para que un árbitro pueda dejar establecida su disidencia.

Más adelante, sustentan que: «Suponemos que ello es para salvar cualquier responsabilidad futura de los árbitros».¹² Como sabemos, en el caso de las sentencias judiciales, el voto particular es una forma de protección para quien no comparte lo expresado en una sentencia, sirviendo como clara muestra de que no se comparte lo que se encuentra ahí redactado.

Además, aseguran que: «consideramos que éste no debería ser un requisito para la existencia y validez del laudo como tal, porque el laudo no tiene por qué verse afectado por las consideraciones particulares y en minoría de los árbitros. Tanto es así que la misma Ley (derogada) entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, se adhiere a la mayoría. Ergo, los votos particulares en minoría, así como la minoría que no firma el laudo, son intrascendentes para su existencia, validez y eficacia. No deberían luego ser requisitos del laudo».¹³

En estas líneas, Castillo Freyre y Vásquez Kunze hacen un análisis acerca de los requisitos de validez del laudo arbitral, entre los que se encuentran la redacción del voto particular por parte de los árbitros que sostienen una opinión disidente del voto de la mayoría.

En nuestra opinión, la norma no establece en parte alguna que la existencia de los votos particulares sea un requisito de validez del laudo arbitral, ya sea la derogada Ley General de Arbitraje o el actual Decreto Legislativo. La norma señala que para dejar constancia de la opinión discrepante, éste sería el único mecanismo por el que se po-

¹² *Ibíd.*

¹³ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Loc. cit.*

dría realizar. Lo cual es una necesidad, ya que de lo contrario se consideraría como que se adhiere al voto de la mayoría.

Sostenemos que lo que busca la norma, la derogada y la vigente, es que para que se considere la opinión discrepante de un árbitro, se debe de establecer por escrito; lo cual es una exigencia necesaria, ya que ésta es la única forma de que se pueda dejar constancia de la disidencia. Es más, la norma nacional no señala que la redacción de los votos particulares sea un requisito de validez del laudo arbitral, más claro aún, cuando estipula que al no existir votos discrepantes se interpreta como que se adhiere al voto de la mayoría y se conformarían los requisitos del laudo donde debe constar la opinión de todos los árbitros.

5. ¿CÓMO SE ALCANZA LA MAYORÍA EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS?

Es de interés al momento de analizar la existencia del voto particular, así como para el desarrollo del arbitraje, en general, tener en consideración la forma en que el tribunal arbitral, como órgano colegiado, alcanza la mayoría de los votos para tomar decisiones.

Algunas legislaciones, como la *panameña* (artículo 33), la *mexicana* (artículo 1446), la *nicaragüense* (artículo 55), la *chilena* (artículo 29 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional), entre otras; han adoptado lo establecido en el artículo 29 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.¹⁴

Bajo esta línea, como señala Cantuarias Salaverry, en estas legislaciones, las decisiones se tomarán por mayoría de los votos, salvo pacto en contrario.¹⁵ La regla entonces, existiendo siempre la posibilidad

¹⁴ http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebo-ok-s.pdf.

¹⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Arbitraje comercial y de las inversiones». Centro de Información. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, abril del 2007, p. 307.

de que los particulares puedan llegar a un acuerdo distinto, es la de la mayoría para poder tomar una decisión.

Así, el único medio por el cual se puede establecer una decisión tomada por un tribunal como órgano colegiado, es que se alcance la mayoría de los votos requeridos por ley. Precisamente, en caso de que esto no ocurra, aparece la figura del juez dirimente, el cual era convocado por el tribunal para que resuelva y se alcance la mayoría requerida para formar una decisión.

Nuestra práctica, históricamente rescataba esta figura para el arbitraje, donde los laudos arbitrales debían ser dictados necesariamente cuando se alcanzaba la mayoría de los votos requeridos, y ante la no existencia de consenso o mayoría requerida, se llamaba a un árbitro dirimente, es decir, la figura coincidía con la que se puede encontrar en los tribunales del Poder Judicial.

Con el paso del tiempo, frente a la necesidad de eficiencia y velocidad del arbitraje en comparación con los procesos iniciados ante el Poder Judicial, esta regla se ha ido cambiando para dar paso a la figura que actualmente recoge el Decreto Legislativo n.º 1071, la cual plantea, en su artículo 52, inciso primero, que «El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente».¹⁶

Como vemos, actualmente nuestra legislación también requiere que se alcance la mayoría para que el tribunal arbitral pueda tomar decisiones, pero a diferencia de lo que ocurre ante los tribunales del Poder Judicial y en otras legislaciones, en caso de que este requisito no sea alcanzado, el presidente del tribunal arbitral es quien tiene el poder del voto dirimente.

¹⁶ <http://www.minjus.gob.pe/ley%20de%20conci-2008%20-%20LEY%201071.pdf>.

Así, siguiendo la línea de lo dicho, es correcto afirmar que el hecho de que se alcance la mayoría para poder emitir un laudo arbitral es la regla, pero en nuestra legislación no es una regla absoluta, más bien relativa. Esto se sostiene en el hecho de que la propia ley establece que ante el hecho de que esto no ocurra, la decisión recaerá sobre el presidente del tribunal arbitral.

Lo lamentable es el vacío respecto al funcionamiento del tribunal como órgano, sus convocatorias, los quórum, el acta, etc.

6. CONCLUSIONES

En mi concepto, el voto particular debe ser aceptado y regulado con mayor detalle distinguiendo cuatro tipos diferentes, a saber:

- a) El voto u opinión disidente, que es la opinión fundamentada que difiere y es contraria a la emitida en mayoría.
- b) El voto u opinión separada, que es la que se emite en forma independiente del voto en mayoría por contener argumentos diferentes que sustentan el voto, aunque resuelva en el mismo sentido que la mayoría.
- c) El voto u opinión dirimente propiamente dicho, que es la que emite el presidente cuando no se logra la mayoría requerida.
- d) El voto por adhesión, que es el que se genera por omisión u abstención de un árbitro.

Adicionalmente, debe normarse la actuación colegiada del órgano, fijando sus convocatorias, quórum para sesionar y tomar decisiones, requisitos para las sesiones virtuales y uso del correo electrónico, necesidad de sesiones presenciales para el caso del laudo, metodología para la adopción de decisiones válidas y las distintas formas en que se pueden emitir votos particulares antes vistos y, finalmente, redacción

del acta de la sesión y sus requisitos. De esta manera, los laudos serán menos arbitrarios y más transparentes.

Claramente, en ninguno de los tres casos expuestos al inicio, se podría sostener válidamente que la decisión o laudo arbitral, proveniría de un órgano colegiado.

11.

PROBLEMAS FRECUENTES EN EL ARBITRAJE DEL ESTADO:
PLAZOS DE CADUCIDAD

Mauricio Raffo La Rosa

PROBLEMAS FRECUENTES EN EL ARBITRAJE DEL ESTADO: PLAZOS DE CADUCIDAD

*Mauricio Raffo La Rosa**

Sumario: 1. Caducidad por ley.— 2. ¿El reglamento excede a la ley?— 3. ¿Quién se beneficia y quién se perjudica con los plazos de caducidad especiales?

Existen cuatro elementos en un contrato de obra que generan un caldo de cultivo para la creación de conflictos que posteriormente son llevados a arbitraje.

Dichos elementos son: (i) que suele haber mucho dinero en juego; (ii) que la ejecución de un contrato de obra es de larga duración y, como es natural, resulta difícil que éste haya previsto soluciones para todas las situaciones controvertidas que se pueden presentar durante tal ejecución; (iii) que la contraparte es el Estado quien siempre es una contraparte muy complicada en cuanto a resolver controversias se refiere, ya que los funcionarios públicos muchas veces prefieren el litigio a una fiscalización posterior de la Contraloría en que se cuestione el porqué de una determinada transacción; y, por último, el objeto de la presente ponencia, los plazos de caducidad que existen en la legislación para someter a arbitraje una controversia relacionada con un contrato de obra.

* Profesor de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados.

A continuación, realizaremos un recuento de las modificaciones y evoluciones que han sufrido las normas sobre los plazos de caducidad en la contratación estatal, entre los años 2001 y 2009.

2001 Decreto Supremo n.º 012-2001-PCM TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado	2004 Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado	2008 (2009) Decreto Legislativo n.º 1017 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado
<p><u>Artículo 53.</u>- Solución de controversias. [...] Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de conciliación o arbitraje. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente. [...]</p>	<p><u>Artículo 53.</u>- Solución de controversias. [...] Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. <u>Este plazo es de caducidad.</u></p>	<p><u>Artículo 52.</u>- Solución de controversias. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, [...]</p>

Del análisis de las últimas tres normas sobre contratación estatal, se puede advertir que se ha ido perfeccionando la regulación. La primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE) no

indicaba si los plazos para el inicio del arbitraje eran de caducidad o de prescripción, lo que fue corregido en la LCAE del año 2004, cuyo artículo 53, que regula la solución de controversias, especificaba que el plazo para dar inicio al arbitraje era un plazo de caducidad, situación que repite la norma actualmente vigente.

La norma vigente, aprobada por el Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado (LCE), dispone en su artículo 52 que puede solicitarse un arbitraje en cualquier momento desde el inicio del contrato hasta el momento anterior a la fecha de culminación del mismo. Y ¿cuándo culmina un contrato celebrado con el Estado? De acuerdo con el artículo 42 de la LCE, el contrato culmina con el pago por los servicios o bienes entregados a la entidad, previa conformidad de los mismos, salvo los contratos de obra que culminan con el pago, luego de haber quedado consentida la liquidación.

El caso es que tanto el artículo 53 de la LCAE anterior como el artículo 52 de la LCE vigente, establecen un plazo general para iniciar el arbitraje, pues sus reglamentos contienen plazos de caducidad especiales. En efecto, el Reglamento de la LCE, aprobado por Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, señala en su artículo 215 que:

Artículo 215.- Inicio del Arbitraje

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.

Tales plazos de caducidad especiales, se detallan a continuación:

a) Plazos especiales previstos para todo tipo de contrato:

1. Artículo 144.- Nulidad de oficio del Contrato (15 días hábiles).
2. Artículo 170.- Resolución del Contrato (15 días hábiles).
3. Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual (15 días hábiles).

b) Plazo especial aplicable únicamente a Consultoría de Obra (supervisión y elaboración de expedientes técnicos de obras):

1. Artículo 179.- Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra (5 días hábiles).

c) Plazos especiales aplicables solamente a Ejecución de Obra:

1. Artículo 199.- Valorizaciones y metrados (15 días hábiles).
2. Artículo 201.- Ampliación de plazos (15 días hábiles).
3. Artículo 209.- Resolución del Contrato (10 días hábiles).
4. Artículo 210.- Recepción de la Obra (15 días hábiles).
5. Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra (15 días hábiles).

El propósito de la presente ponencia es analizar qué problemas presenta la regulación del plazo de caducidad para someter una controversia a arbitraje, tal y como está previsto en la LCE (plazo general) y en su Reglamento (plazos especiales).

1. CADUCIDAD POR LEY

El Código Civil establece que los plazos de caducidad deben estar fijados por Ley. En efecto, el artículo 2004 de dicho cuerpo normativo señala que: «*[l]os plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario*».

De acuerdo con ello, el primer problema resulta evidente, pues se podría sostener que los plazos de caducidad especiales previstos en el Reglamento son ilegales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2004 del Código Civil, toda vez que los plazos de caducidad se deben establecer por ley, entendida ésta no en su sentido lato sino como norma de rango legal lo que impide que los plazos de caducidad puedan establecerse por norma reglamentaria o de inferior jerarquía.

2. ¿EL REGLAMENTO EXCEDE A LA LEY?

Un segundo problema encontrado consiste en determinar si el Reglamento de la LCE, al establecer plazos especiales de caducidad, contraviene o excede la norma que reglamenta (que establece el plazo de caducidad general) y, por tanto, si el Reglamento de la LCE resultaría inconstitucional.

El artículo 118 de la Constitución Política del Estado establece que «Corresponde al Presidente de la República: [...] 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones».

El artículo 52 de la LCE establece como fin del plazo de caducidad la culminación del contrato; por lo que, al establecer plazos distintos y menores (10 días hábiles en casos de resolución del contrato, 15 días hábiles en caso de liquidación de la obra, etc.), el Reglamento estaría excediendo e, incluso, transgrediendo el contenido de la LCE.

Sobre este respecto, cabría preguntarnos si ¿podría un tribunal arbitral admitir una demanda interpuesta fuera del plazo del Reglamento pero dentro del plazo de la LCE? ¿Podría un tribunal arbitral dejar de aplicar el Reglamento de la LCE por inconstitucional mediante un control difuso de la Constitución?

Si bien el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre el particular, la doctrina ha sido clara al establecer que «los árbitros no podrían cumplir con la Constitución sin tener la facultad de inaplicar una ley contraria a ella».¹ Tras la publicación de la Sentencia expedida en el Caso Fernando Cantuarias Salaverri (Expediente n.º 6167-2005-HC-TC), que se reconoció al arbitraje como jurisdicción, independientemente de nuestra posición sobre tal recono-

¹ RIVAROLA REISZ, J. Domingo. «Comentarios de la sentencia del Tribunal Constitucional: Los dilemas del constitucionalizar el arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2006, n.º 2, p. 579.

cimiento, los árbitros no sólo podrían sino que deberían cumplir y hacer cumplir la Constitución, de modo que la inaplicación de una norma reglamentaria por un tribunal arbitral resulta posible.

De otro lado, se ha afirmado con razón que tal interpretación es compatible con el precedente sentado por el Tribunal Constitucional en el caso Salazar Yarlénque (Expediente n.º 3741-2004-AA/TC), en el que «se reconoció —bajo determinados presupuestos—, la potestad de aplicar el control difuso de constitucionalidad a todo tribunal u órgano colegiado administrativo que imparta «justicia administrativa» con carácter nacional, que esté adscrito al Poder Ejecutivo y que tenga por finalidad declarar los derechos fundamentales».²

3. ¿QUIÉN SE BENEFICIA Y QUIÉN SE PERJUDICA CON LOS PLAZOS DE CADUCIDAD ESPECIALES?

La relación contractual con el Estado es difícil. Al establecer plazos de caducidad tan cortos para resolver las controversias, la parte afectada, para evitar que su derecho caduque, se ve obligada a plantear un arbitraje ante cualquier conflicto, por insignificante que sea. Tal circunstancia tiene como consecuencia que, por una parte, una vez formulado el arbitraje, el Estado carecerá de incentivos para llegar a un acuerdo vía trato directo. Y, de otra, que se suscitarán —como viene ocurriendo— múltiples procesos arbitrales durante la ejecución de una misma relación contractual, que a la larga generan: (i) el riesgo de laudos contradictorios; y (ii) un costo (honorarios y gastos arbitrales) mayor a las partes que, de un lado, será asumido por el Estado y finalmente trasladado a todos los contribuyentes.

Finalmente, establecer plazos de caducidad tan cortos para cada tipo de problema o situación puede, además, generar un incentivo per-

² LANDA ARROYO, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia constitucional». Ponencia Congreso Internacional de Arbitraje del 2007.

verso para que las controversias de montos menores o insignificantes no sean sometidas a arbitraje.

12.

LAS AMPLIACIONES DE PLAZO COMO CAUSAL PARA INICIAR UN
PROCESO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE OBRA REGULADOS POR
LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Ricardo Gandolfo Cortés

LAS AMPLIACIONES DE PLAZO COMO CAUSAL PARA INICIAR UN
PROCESO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE OBRA REGULADOS POR
LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

*Ricardo Gandolfo Cortés**

Sumario: 1. La importancia del plazo.— 2. Causales de ampliación de plazo no atribuibles al contratista.— 3. Otras causales de ampliación de plazo.— 4. Ampliaciones de plazo derivadas de consultas no absueltas.— 5. Procedimiento de ampliación de plazo.— 6. Plazos para iniciar la conciliación o el arbitraje.— 7. Efectos de la modificación del plazo contractual.— 8. Sobre la demora de la entidad en aprobar los presupuestos adicionales.— 9. Conclusión.

La Pontificia Universidad Católica del Perú y el Estudio Mario Castillo Freyre con el auspicio de la Embajada de Francia en Lima han organizado este Tercer Congreso Internacional de Arbitraje y han tenido la gentileza de invitarme nuevamente a exponer, esta vez sobre las ampliaciones de plazo como causal para iniciar un proceso arbitral en los contratos de obra regulados por la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) que rige desde febrero del año pasado.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y experto en contratación pública. Es gerente legal de la firma consultora CESEL y director de la Asociación Peruana de Consultoría. Ha participado en la elaboración de diversos anteproyectos de leyes y reglamentos sobre la materia. Ha realizado estudios e investigaciones para organismos internacionales e instituciones multilaterales de crédito. Es catedrático de la maestría en Gestión y Administración de la Construcción de la Universidad Nacional de Ingeniería, consultor internacional, conferencista y árbitro.

Debo empezar por felicitar a los organizadores de este evento, pionero en su género que, gracias a la amplitud de su temática, es sin ninguna duda el líder de todos los que se realizan en Lima cada año.

La LCE, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1017, no introduce mayores modificaciones respecto del último Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE), cuya primera versión fue promulgada mediante la Ley n.º 26850 en 1997. El tratamiento dispensado a las ampliaciones de plazo, por fortuna, no escapa de esta regla general.

1. LA IMPORTANCIA DEL PLAZO

El plazo de los contratos tiene una importancia fundamental en la legislación sobre contratación pública al punto que la propia LCE reconoce entre los principios que gobiernan esta clase de operaciones al principio de eficiencia que obliga a realizar contrataciones priorizando las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles y observando criterios de celeridad, economía y eficacia.¹

La LCE también exige que las bases contengan, entre otros requisitos, el detalle de las características técnicas de los bienes, servicios u obras a contratar, el lugar de entrega, elaboración o construcción, así como el plazo de ejecución, según el caso. Este último dato puede constar en un anexo de especificaciones técnicas o, en el caso de obras, en un expediente técnico.²

Asimismo preceptúa que el método de evaluación y calificación de propuestas será establecido en el Reglamento pero subraya que debe objetivamente permitir una selección de la calidad y tecnología reque-

¹ LCE, inciso f) del artículo 4.

² *Ibid.*, inciso b) del artículo 26.

ridas, dentro de los plazos más convenientes y al mejor costo total, como para destacar que no basta el precio y que también importan la calidad y el plazo.³

En lo que respecta a las garantías, la LCE hace una diferencia interesante. Como norma general dispone que en los contratos periódicos así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las entidades con las micro y pequeñas empresas, estas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el 10% del monto total a contratar con lo que las exceptúa del requisito de tener que gestionar y presentar una carta fianza, pero con una salvedad, aplicable sólo para el caso de los contratos para la ejecución de obras, en los que tal beneficio sólo será procedente cuando por el monto, el contrato corresponda a un proceso de menor cuantía o a una adjudicación directa selectiva o pública; cuando el plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario y cuando el pago a favor del contratista se haga cuando menos en dos valorizaciones en función del avance de la obra. Si no se cumplen las tres condiciones no será posible sustituir la carta fianza por la garantía de fiel cumplimiento.⁴

La importancia del plazo se advierte, igualmente, en el sistema a suma alzada en el que el postor formula su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución. Tratándose de obras, el postor formula dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del expediente técnico, en ese orden de prelación; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que deben presentar para la suscripción del contrato, es referencial.⁵

³ *Ibid.*, primer párrafo del artículo 31.

⁴ *Ibid.*, inciso b) del artículo 39.

⁵ Reglamento, inciso 1 del artículo 40.

En el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, el postor formula su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las bases, y que se valorizan en relación a su ejecución real así como — aún en este caso— por un determinado plazo de ejecución. En el caso de obras, el postor oferta precios unitarios considerando las partidas contenidas en las bases, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, así como las cantidades referenciales.⁶ El plazo termina aquí siendo meramente referencial y se define sobre la base de lo realmente ejecutado. Pese a ello, las normas señalan que, en todos los casos, el plazo de ejecución contractual y el plazo de entrega máximo serán los indicados en el expediente de contratación, los cuales serán recogidos en las bases, constituyendo éstos requerimientos técnicos de obligatorio cumplimiento,⁷ lo que de por sí ya supone una contradicción porque de alguna manera ya deja de ser meramente referencial.

El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio. Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago. En el caso de ejecución y consultoría de obras, el plazo del contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y hasta que se efectúe el pago correspondiente.⁸

El plazo de ejecución contractual, finalmente, se computa en días calendarios, salvo que el Reglamento indique lo contrario, desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las bases. En el caso de contrataciones perfeccionadas mediante orden de compra o de servicio, el plazo

⁶ *Ibid.*, inciso 2 del artículo 40.

⁷ *Ibid.*, último párrafo del artículo 39.

⁸ *Ibid.*, artículo 149.

de ejecución se computa desde el día siguiente de recibida. En ambos casos se aplicará supletoriamente lo dispuesto por el Código Civil sobre reglas para el cómputo de plazos.⁹

2. CAUSALES DE AMPLIACIÓN DE PLAZO NO ATRIBUIBLES AL CONTRATISTA

La disposición de la LCE que se ocupa de las prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones en general,¹⁰ estipula que el contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual. La misma LCE¹¹ advierte que las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación de plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en la misma ley,¹² que, a su turno, dispone que toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje, aun en los casos en que no se hubiere acordado una cláusula específica para esos efectos, eventualidad en la que se entenderá incorporada al contrato de pleno derecho, la cláusula modelo que reproduce el Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 184-2008-EF.

La antigua LCAE, al abordar el mismo asunto,¹³ ratificaba el precepto, pues establecía que el contratista podía solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la entidad contratante y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual. Luego, advertía lo mismo que la actual, remitiendo las discrepancias respecto

⁹ *Ibid.*, artículo 151, Código Civil, artículos 183 y 184.

¹⁰ LCE, penúltimo párrafo del artículo 41.

¹¹ *Ibid.*, último párrafo del artículo 41.

¹² *Ibid.*, inciso b) del artículo 40.

¹³ LCAE, penúltimo párrafo del artículo 42.

de la procedencia de la ampliación a los procedimientos de resolución de conflictos ya citados.¹⁴

Hay, empero, una diferencia entre una y otra disposición, que salta a la vista para algunos observadores y que pasa desapercibida para otros. En la nueva LCE se ha omitido la referencia, como causales de ampliación de plazo, a los atrasos atribuibles a la entidad, así como a aquéllos motivados por caso fortuito o fuerza mayor, en el obvio entendido de que ambos están comprendidos dentro de las causas ajenas a la voluntad del contratista.

Ello, no obstante, el Reglamento de la LCE retoma ambos conceptos e incluso agrega uno más. En efecto, en la parte aplicable para los contratos de obra, preceptúa como causales de ampliación de plazo,¹⁵ en adición a la prevista por la LCE, que la identifica como «atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista» y ya no «ajenos a su voluntad», a los «atribuibles a la entidad», al «caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado» y a aquéllos que se generan «cuando se aprueba la prestación adicional de obra».

El Reglamento¹⁶ empieza señalando que «de conformidad con el artículo 41 de la ley, el contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado» y luego lista las indicadas causales. Y comete un primer error, porque en realidad sólo la primera de sus causales está recogida en el artículo 41 de la LCE. No es un error grave, desde luego. Pero es un error. La LCE cambia la redacción de la antigua LCAE, pero el Reglamento actual de alguna manera repite el texto del anterior Reglamento,¹⁷ aunque añadiéndole una causal, y ahí está el origen del problema.

Se trata, por tanto, de una transcripción un poco apresurada que no repara en que la LCE ha subsumido todas las causales en una sola.

¹⁴ *Ibid.*, último párrafo del artículo 42.

¹⁵ Reglamento, artículo 200.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Reglamento anterior, artículo 258.

Son los riesgos de hacer modificaciones sobre textos que se reproducen sin verificar en detalle las consecuencias de cada cambio en el resto de cada documento.

Sea de ello lo que fuere, cabe preguntarse, en primer término, si los casos «no atribuibles al contratista»,¹⁸ a los que alude el Reglamento, son los mismos que los casos «ajenos a su voluntad», a los que alude la LCE. Atribuir es «aplicar, a veces sin conocimiento seguro, hechos o cualidades a alguien o a algo» o «señalar o asignar algo a alguien como de su competencia».¹⁹ Por consiguiente, aquello que no puede atribuirse al contratista es aquello que él no ha generado por su acción directa. En cambio, aquello que es «ajeno a su voluntad» está claro que es algo que él no desea, pero que puede eventualmente serle atribuido porque la voluntad es la «intención, ánimo o resolución de hacer algo», la «facultad de decidir y ordenar la propia conducta» sujeta al «libre albedrío o libre determinación»²⁰ de cada quien. En otras palabras, un contratista puede incurrir en atrasos y/o paralizaciones por una causa atribuible a él pero ajena a su voluntad o dicho de otro modo «ajena a su intención».

Un proveedor puede incurrir en un atraso en la entrega al contratista de una obra de una mercadería por una causa ajena a su voluntad derivada, por ejemplo, de la demora del fabricante que debía enviarle el producto. Contractualmente la causal puede ser atribuible al contratista, por no prever que ello podría ocurrir o por no adoptar las medidas para evitarlo, haciendo el pedido con mayor anticipación o cambiando al proveedor o al fabricante en cuanto tuvo los primeros indicios de que probablemente no cumpliría dentro del plazo previsto. Sin embargo, el contratista puede sostener con éxito que esa causa es ajena a su voluntad.

El Reglamento hace bien en ajustar esta primera causal a los «atrasos y/o paralizaciones no atribuibles al contratista», tal como el ante-

¹⁸ Reglamento, inciso a) del artículo 200.

¹⁹ Según el Diccionario de la Real Academia Española.

²⁰ *Ibid.*

rior Reglamento hizo bien en ajustarla a los «atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista». Es verdad que en ambos casos, las normas regulatorias han sobrepasado lo dispuesto tanto por la LCE como por la antigua LCAE. No menos cierto es que si repetían la causal atada a la voluntad del contratista, lo más probable es que todos los atrasos y/o paralizaciones hubieran terminado en ampliaciones de plazo porque el contratista nunca habría admitido que incurrió en una causal por propia voluntad.

El espíritu de la LCE es no concederle una ampliación de plazo al contratista por aquellos atrasos y/o paralizaciones imputables o atribuibles a él, independientemente de su voluntad, de su intención o de sus deseos. Una futura reforma de la LCE deberá tenerlo presente.

3. OTRAS CAUSALES DE AMPLIACIÓN DE PLAZO

Una segunda causal de ampliación de plazo²¹ es aquélla derivada de los atrasos en los que incurre el contratista en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la entidad, tal como lo precisa el Reglamento. ¿Cuáles pueden ser ellas? Pueden ser varias. Por ejemplo, la falta de pago. La más común. Con frecuencia el cumplimiento de determinadas prestaciones en el marco de un contrato está sujeto a algunos pagos que debe efectuarle la entidad al contratista. Si éstos no se producen, no se le puede obligar al contratista a cumplir con ellas. El subsecuente incumplimiento de ordinario genera un atraso que no puede ser penalizado y que de modificar el cronograma contractual, necesariamente acarreará una ampliación de plazo.

Sin embargo, no sólo la falta de pago puede ser una causal de ampliación de plazo atribuible a la entidad. También puede ser el incumplimiento de determinadas obligaciones contractuales, como por ejemplo, la entrega de terrenos para la elaboración de algunos estudios o la

²¹ Reglamento, inciso b) del artículo 200.

entrega de materiales e información para la preparación de una investigación. Si la entidad se atrasa en algún suministro y esa demora acarrea el atraso y/o la paralización del contrato, pues, no cabe duda de que corresponda una ampliación de plazo.

El caso fortuito y la fuerza mayor es la tercera causal de ampliación de plazo,²² naturalmente, siempre que generen atrasos y/o paralizaciones en la ejecución del contrato y que afecten su respectivo cronograma, como lo denomina la LCE, o calendario, como lo denominaba la antigua LCAE. Según el Código Civil «caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».²³

Un movimiento sísmico de magnitud imprevisible que altera considerablemente las condiciones para el desarrollo de un contrato, es un caso de fuerza mayor que puede conducir a la ampliación del plazo. Lo mismo puede decirse del extraordinario desborde de un río, fuera de todo cálculo, que modifica el terreno sobre el que se iba a construir o se estaba construyendo una pista. La cancelación de un vuelo por mal tiempo que impide que un ingeniero llegue a tiempo para dirigir o supervisar una obra, es un caso fortuito que, eventualmente, puede acarrear también la ampliación del plazo, siempre que se demuestre que no es atribuible al contratista.

Las tres causales de ampliación de plazo revisadas hasta el momento se refieren a atrasos y/o paralizaciones motivadas por distintas razones. Hay que distinguir también entre uno y otro concepto. Atraso es el contratiempo, el «accidente o suceso inoportuno que obstaculiza o impide el curso normal de algo».²⁴ Paralizar, a su vez, es «detener, entorpecer, impedir la acción y movimiento de algo».²⁵

²² *Ibid.*, inciso c) del artículo 200.

²³ Código Civil Peruano, artículo 1315.

²⁴ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

²⁵ *Ibid.*

Un contrato se paraliza cuando no puede continuar su curso. Se atrasa, en cambio, cuando sigue su curso, pero no al ritmo que le corresponde.

Todas las causales, sin embargo, están condicionadas a la modificación de la «ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente», según el Reglamento actual,²⁶ o del «calendario de avance de obra vigente», según el Reglamento anterior,²⁷ más compatible en su redacción con lo que disponía la antigua LCAE. Nótese, como queda dicho, que la LCE alude a la modificación del cronograma contractual. No de ninguna ruta crítica ni de ningún calendario. Cuestión de términos, dirán algunos. Pero, bueno, también en los términos que se emplean hay que tener cierta coherencia para no confundir a los operadores de la normativa.

En concreto interesa destacar que para que proceda una ampliación de plazo, la causa que se invoca necesariamente tiene que afectar el avance de la obra. Si no la afecta, no corresponde otorgar la ampliación, cualquiera que sea el motivo que genere la solicitud.

Es una disposición principista —dígase de paso— que se mantiene en el tiempo y que a menudo ocasiona algunos malentendidos generados, por ejemplo, cuando el contratista, frente a alguna de las causales mencionadas que le impiden desarrollar sus labores conforme a lo previsto, adelanta la ejecución de algunas partidas programadas para cuando la obra esté más avanzada con el objeto de no paralizarla totalmente.

En ese caso, ¿se afecta el avance de la obra? Hay quienes advierten que la obra no se atrasa y que, por el contrario, en esa hipótesis hasta puede encontrarse adelantada. Por consiguiente, no cabría ampliar el plazo. Otros, en cambio, perciben que esa diligencia no puede ser san-

²⁶ Reglamento, primer párrafo del artículo 200.

²⁷ Reglamento anterior, primer párrafo del artículo 258.

cionada negándole la ampliación que justificadamente reclama. La solución está en medir el avance de la obra, en función de su ruta crítica y de la forma en que ésta termina siendo afectada o no. Si de todas maneras va a haber necesidad de un plazo mayor para concluir la obra, porque las obras adelantadas —como sucede habitualmente— no logran sustituir a aquéllas que quedan retrasadas, sino que sólo aligeran la carga de trabajo a futuro, hay que concederlo. Si no va a haber esta necesidad, no.

Entonces, dirán algunos, se termina favoreciendo al contratista descuidado que no se preocupa, durante una paralización, de adelantar los trabajos que puede continuar avanzado. Es una manera de ver el asunto. Pero, no es la más acertada porque, en definitiva, el contratista que adelanta algunas partidas lo hace también para no tener a su personal, equipos y maquinaria en *stand-by*, confiando en la ampliación que le puedan conceder, posteriormente, y en los gastos generales que pueda obtener, que ahora son, definitivamente, menores a los que se reconocían antes.

El Reglamento, tal como se ha indicado, incorpora, por otra parte, una cuarta causal de ampliación de plazo que opera «cuando se aprueba la prestación adicional de obra».²⁸ Es la misma causal que el Reglamento anterior no consignaba conjuntamente con las otras, sino en forma aislada,²⁹ señalando que la ejecución de obras adicionales sería causal de ampliación de plazo, sólo si acarreaban la modificación del calendario de avance de obra. El nuevo Reglamento, justo es reconocerlo, ha hecho bien en rescatar esta causal y colocarla junto a las otras, aunque la redacción que utiliza no sea la más feliz.

Una prestación adicional es, como se sabe, aquélla que resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato. Según la LCE,³⁰ la

²⁸ Reglamento, inciso d) del artículo 200.

²⁹ Reglamento anterior, tercer párrafo del artículo 259.

³⁰ LCE, primer y segundo párrafo del artículo 41.

entidad puede ordenar y pagar la ejecución de prestaciones adicionales hasta el 25% del monto contratado en el caso de bienes y servicios, y hasta el 15% de ese monto en el caso de obras, restando, en este caso, los denominados presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquéllos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales. Para sobrepasar este último límite y sólo hasta un máximo del 50% del monto contratado, se requiere contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuenta con los recursos necesarios.³¹ En uno y otro caso, corresponderá ampliar el plazo contractual si la prestación adicional así lo exige, y porque no puede ser ejecutada dentro del cronograma contractual, afectando, de esta manera, la ruta crítica del respectivo programa de ejecución vigente.

Hay una modificación importante en esta materia, que escapa de los alcances de esta ponencia, pero que es preciso destacar: en la normativa anterior no había ningún límite una vez que se sobrepasaba el porcentaje hasta donde la entidad podía ordenar y pagar, aunque justo es reconocer que este primer tramo sólo podía llegar hasta el 15% del monto contratado.³² Ahora puede escalar hasta el 25% y de allí, previa autorización de la Contraloría, trepar hasta un segundo límite definitivo del 50% que antes no existía.

4. AMPLIACIONES DE PLAZO DERIVADAS DE CONSULTAS NO ABSUELTAS

Existen otras causales de ampliación de plazo refundidas en el Reglamento que es pertinente repasar. En materia de ocurrencias en la obra, por ejemplo, se dispone que si vencidos los plazos, no se absuelve la consulta, el contratista tendrá derecho a solicitar la ampliación del plazo contractual por el tiempo correspondiente a la demora, que se computará sólo a partir de la fecha en que se empieza a afectar la ruta

³¹ LCE, tercer párrafo del artículo 41.

³² Reglamento anterior, artículo 266.

crítica.³³ Exactamente lo mismo preceptuaba el Reglamento anterior, con la salvedad de que no hacía referencia a la ruta crítica sino al calendario de avance de la obra.³⁴ Ello, no obstante, se repite aquí el requisito de que existe el derecho a la ampliación, sólo a partir del momento en que se afecta el cronograma y se entra a la ruta crítica. Si ésta no se perjudica, no hay ampliación de plazo.

La norma refiere el procedimiento de las consultas indicando que el contratista las formula en el cuaderno de obra y las dirige al inspector o supervisor, según corresponda.³⁵ Cuando por su naturaleza, a juicio del inspector o supervisor, no requieran de la opinión del proyectista, serán absueltas directamente por éstos, dentro del plazo máximo de cinco (5) días. De no ser absueltas, el contratista dispone de otros dos (2) días para acudir a la entidad, la que, a su turno, tendrá un nuevo plazo de cinco (5) días para resolver.

Cuando requieran de la opinión del proyectista, serán elevadas por el inspector o supervisor a la entidad en un plazo de cuatro (4) días. La entidad en coordinación con el proyectista debe absolverlas dentro del plazo máximo de quince (15) días. Para este efecto, los proyectistas, según la norma, establecerán en sus respectivas propuestas el compromiso de atender consultas en el plazo que establezcan las bases, pretendiendo modificar lo que estipulaba el Reglamento anterior que facultaba a los proyectistas a consignar en sus propuestas los montos que facturaría por este concepto.³⁶ En caso no hubiese res-

³³ Reglamento, último párrafo del artículo 196.

³⁴ Reglamento anterior, último párrafo del artículo 251.

³⁵ Según el último párrafo del artículo 16 de la Ley n.º 29465 de Presupuesto del Sector Público para el año 2010 cuando el monto del valor referencial de una obra pública sea igual o mayor a 1,192 UIT (S/. 4,291,200.00), el organismo ejecutor debe contratar obligatoriamente la supervisión y control de las obras. Cuando es menor, puede no requerir de un supervisor, pero obligatoriamente debe tener un inspector que es designado por la entidad, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de la LCE.

³⁶ Reglamento anterior, tercer párrafo del artículo 251. El nuevo Reglamento supone que ahora el proyectista no cobrará por este servicio de post venta que even-

puesta del proyectista, la entidad dará las instrucciones al contratista a través del inspector o supervisor, sin perjuicio de las acciones que se adopten contra el proyectista.

La demora de la entidad en emitir la resolución con la que aprueba las obras adicionales menores al 15% a las que se ha hecho referencia, también puede ser causal de ampliación de plazo.³⁷ Algo parecido establecía la regulación anterior con la diferencia de que era obligatoria y no facultativa, pues señalaba que esa demora «será causal de ampliación de plazo».³⁸ La nueva redacción del Reglamento actual permite suponer que no todas las demoras de la entidad en emitir esa resolución serán causales de ampliación de plazo. ¿Cuáles no podrían serlo? Probablemente, aquéllas que se solicitan sin observar el procedimiento especialmente previsto para ello. Esta causal, que se genera por la demora de la entidad en aprobar las obras adicionales, es independiente de la ampliación de plazo que las mismas obras adicionales originan.

5. PROCEDIMIENTO DE AMPLIACIÓN DE PLAZO

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con el Reglamento actual³⁹ desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal,⁴⁰ el contratista, por intermedio de su residente, debe anotar en el

tualmente puede realizar, si es requerido para ello, como si fuese posible trabajar sin ser remunerado o como si se pudiera incorporar ese costo en la propuesta, algo muy difícil en circunstancias en que el precio que se oferta tiene incidencia en la adjudicación del proceso de selección. Lo más recomendable sería regresar a la fórmula anterior, pues de lo contrario, es posible que una acción judicial contra la norma o un laudo arbitral contra la acción concreta de alguna entidad definan el asunto.

³⁷ Reglamento, última parte del quinto párrafo del artículo 207.

³⁸ Reglamento anterior, último párrafo del artículo 265.

³⁹ Reglamento actual, artículo 201.

⁴⁰ El primer párrafo del artículo 259 del anterior Reglamento facultaba a hacerlo sólo «durante la ocurrencia de la causal» y no «desde el inicio», agregado innecesariamente, habida cuenta de que esta etapa está comprendida dentro de aquélla.

cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio la ameriten. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho, el contratista o su representante legal solicita, cuantifica y sustenta su solicitud ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. Excepcionalmente, en la eventualidad de que la duración de la causal pudiera superar el plazo de ejecución, la solicitud se efectúa antes de su vencimiento, pues de lo contrario no es admitida.

El inspector o supervisor emite un informe sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remite a la entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, para que emita su resolución en los siguientes diez (10) días, bajo apercibimiento de considerarse ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la entidad. Cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud debe tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo período de tiempo, sea éste parcial o total.

En tanto se trate de causales que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que debe ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, la entidad puede otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que los contratistas valoricen los gastos generales por dicha ampliación parcial.

La ampliación de plazo obliga al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado y actualizado, la programación PERT-CPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y, en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de haber sido notificado con la resolución que la aprueba. El inspector o supervisor deberá elevar ambos documentos a la entidad, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días, para que se pronuncie en los siguientes siete (7) días, bajo apercibimiento, esta vez, de

tenerse por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor.

El Reglamento anterior señalaba que si la entidad no se pronunciaba dentro del plazo indicado, «se tendrá por aprobado el calendario presentado por el contratista»,⁴¹ dejando abierta la posibilidad de que se omitan los reajustes concordados por el inspector o supervisor con el residente, habida cuenta de que ellos no aparecen en el calendario presentado por el contratista, sino en el elevado por el inspector o supervisor.

Hay que reconocer que en lo que respecta al procedimiento para solicitar la ampliación de plazo, la redacción del nuevo Reglamento, aunque no muy feliz, es más categórica que la del texto que lo precedió. En efecto, el Reglamento anterior establecía lo mismo sin el agregado de que no puedan aceptarse los pedidos presentados cuando estuviese terminado el plazo de ejecución del contrato de obra.⁴²

Si la solicitud de ampliación sólo puede hacerse cuando el plazo está vigente, parece absurdo, remarcar ahora lo obvio, esto es, que no se admitirá si se hace fuera de ese plazo. ¿A qué se debe? Puede tratarse de un esfuerzo de las autoridades para evitar que los contratistas obtengan en la vía arbitral la ampliación de plazo que las entidades les niegan en el proceso ordinario.

Adviértase que para el caso de los otros contratos, distintos a los de ejecución de obras, el Reglamento se limita a indicar que «el contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización».⁴³ Exactamente lo mismo que estipulaba el antiguo Reglamento.⁴⁴ Como se sabe, la ampliación de plazo procede, en

⁴¹ Reglamento anterior, tercera parte del séptimo párrafo del artículo 259.

⁴² Reglamento anterior, cuarto párrafo del artículo 259.

⁴³ Reglamento, artículo 175.

⁴⁴ Reglamento anterior, artículo 232.

todos los casos, cuando se aprueba un adicional que afecta el plazo del contrato, por caso fortuito o fuerza mayor y por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista o directamente imputables a la entidad.

Si se produce un hecho que obliga a paralizar o atrasar la prestación, cualquiera que ésta sea, es obvio que el plazo se tendrá que extender más allá de la fecha originalmente prevista para que concluya. En cuanto ese hecho termine el contratista deberá presentar su pedido debidamente sustentado. Si vence el plazo establecido para que lo haga y no lo hace o lo hace con posterioridad, la entidad ya no está facultada para aprobar la ampliación dentro de los procedimientos regulares. El contratista podrá hacer valer sus razones y sus derechos en otras vías, si lo estima pertinente y si lo sustenta correctamente. Pero ése es otro tema.

En ejecución de obras hay un procedimiento especial. Así, por ejemplo, según el Reglamento,⁴⁵ para que proceda la ampliación, como queda dicho, desde el inicio y mientras dure el hecho que la genera, el contratista, por medio de su residente, debe anotar en el cuaderno de obra, las circunstancias que a su juicio justifican que el plazo se extienda. Una vez concluido el evento y dentro de los quince (15) días siguientes —y no siete (7) como para otros casos— el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra.

Es preciso destacar que esta redacción difiere un tanto de la del antiguo Reglamento⁴⁶ que exigía, de un lado, que la anotación del residente en el cuaderno de obra se haga mientras dura el hecho que la motiva, sin subrayar que debe hacerlo desde el inicio, como ahora, y,

⁴⁵ Reglamento, primer párrafo del artículo 201.

⁴⁶ Reglamento anterior, primer párrafo del artículo 232.

de otro lado, que la solicitud de ampliación se presente siempre que afecte el calendario de avance vigente, sin subrayar la necesidad de que el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra.

Parecería intrascendente que la anotación del residente en el cuadro de obra de los hechos que pueden dar lugar a una ampliación de plazo, tenga que hacerse en reiteradas ocasiones. En realidad, debería bastar que se haga una sola vez, en aplicación de los preceptos de la simplificación administrativa, en que se inspira la LCE, y del principio de economía que exige aplicar criterios de simplicidad y ahorro, así como del principio de eficiencia que exige aplicar criterios de celeridad, economía y eficacia a que se refiere la LCE.⁴⁷

Absurdo es, por otra parte, incidir en que el plazo adicional tiene que ser necesario para la culminación de la obra, como condición para presentar la solicitud de ampliación. Más aún cuando previamente se ha dispuesto que debe afectar el calendario de avance vigente. Naturalmente, si lo afecta es porque impedirá la culminación de la obra en la fecha originalmente prevista y, por tanto, requerirá de un plazo adicional.

El Reglamento que rige actualmente señala que «en caso de que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo».⁴⁸ Idéntica redacción tenía el Reglamento derogado.⁴⁹ Se trata de una exigencia particular sólo aplicable para la ejecución de obras que no aparece en ningún Reglamento para ninguno de los otros casos.

No es, sin embargo, sólo una exigencia particular. Es otra exigencia innecesaria. Innecesaria e injusta. Porque donde existe la misma razón existe el mismo derecho y, por consiguiente, si esa obligación no

⁴⁷ LCE, incisos f) e i) del artículo 4.

⁴⁸ Reglamento, primer párrafo del artículo 201.

⁴⁹ Reglamento anterior, primer párrafo del artículo 259.

se considera para los otros casos, ante situaciones exactamente iguales, tampoco debería considerarse para el caso de ejecución de obras.

En absolutamente todos los casos debería bastar con que la solicitud de ampliación se presente dentro de un plazo prudencial de terminada la causa o de aprobado el adicional que la genera.

El Reglamento añade que cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, «siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo período de tiempo, sea éste parcial o total». ⁵⁰ El Reglamento anterior ⁵¹ decía lo mismo, sin la última condición relativa al mismo período de tiempo, única alternativa en la que actualmente se permite unificar y consolidar en una sola solicitud más de una causal de ampliación de plazo, cuando lo cierto es que ello debería quedar sujeto al criterio del contratista, con cargo a que la entidad o la autoridad arbitral las desagregue en la eventualidad de que estime que unas son procedentes y otras no.

El Reglamento vigente acota que en tanto se trate de causales que no tienen fecha prevista de conclusión, «hecho que deberá ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra», la entidad podrá otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que los contratistas valoricen los gastos generales por dicha ampliación parcial. ⁵² El Reglamento derogado ⁵³ también reproducía este texto sin remarcar la obvia obligación del contratista de acreditar y sustentar que las causales no tienen fecha prevista de conclusión, exigencia adicional que en la norma actual se ha consignado, probablemente, para evitar que los contratistas pidan ampliaciones parciales en circunstancias en que es perfectamente posible prever una fecha en la que debe

⁵⁰ Reglamento, cuarto párrafo del artículo 201.

⁵¹ Reglamento anterior, quinto párrafo del artículo 232.

⁵² Reglamento, quinto párrafo del artículo 201.

⁵³ Reglamento anterior, sexto párrafo del artículo 232.

terminar el hecho que las motiva y que deberían esperarla para recién entonces presentar su solicitud, salvo, claro está, que, como está señalado, ello se produzca cuando el plazo originalmente establecido haya expirado.

Queda claro, sin embargo, que esta última precisión, sólo aplicable a los contratos de ejecución de obras, puede perfectamente ser desechada para que cualquier contratista pueda solicitar por conducto regular una ampliación por cualquier causal debidamente prevista y dentro de un plazo perfectamente razonable, pero igualmente establecido, contado a partir del momento en que concluye el hecho o que se apruebe el adicional que la genera, sin considerar en absoluto la fecha en la que originalmente debería concluir el contrato.

6. PLAZOS PARA INICIAR LA CONCILIACIÓN O EL ARBITRAJE

El Reglamento advierte que cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos puede ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a su notificación.⁵⁴ El Reglamento anterior señalaba lo mismo, pero en relación a «cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la entidad»,⁵⁵ con lo que podría interpretarse, como en efecto se interpretó en diversos casos, que era posible promover un proceso arbitral contra cualquier decisión adoptada por la entidad vinculada a la ampliación de plazo solicitada y no circunscribirla exclusivamente al pronunciamiento con el que resuelva ese pedido. Probablemente, la nueva normativa, en un esfuerzo por simplificar administrativamente los procedimientos, haya preferido concentrar todas las discrepancias y diferirlas para que el contratista las presente una vez emitida la decisión de la entidad. Puede haber otra lectura, empero, que objete esta manera de enfocar el

⁵⁴ Reglamento, último párrafo del artículo 201.

⁵⁵ Reglamento anterior, último párrafo del artículo 259.

asunto y sostenga, con alguna razón, que dilucidar una discrepancia en pleno trámite puede ahorrarle al contratista y a la entidad, y por consiguiente al país, tener que ir a un proceso más extenso y más oneroso que, eventualmente, podría evitarse.

En cuanto al plazo para iniciar el arbitraje ni la nueva LCE ni el nuevo Reglamento han superado el conflicto que creó el antiguo Reglamento al contravenir a la antigua LCAE en este específico asunto.

La LCE establece solemnemente que «las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la entidad».⁵⁶

La LCAE estipulaba literalmente lo mismo: «Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad».⁵⁷ Adviértase, sin embargo, una primera distinción estrictamente textual. La LCE incorpora a las controversias que surjan sobre la nulidad del contrato que la LCAE no consideraba.

⁵⁶ LCE, primer párrafo del artículo 52.

⁵⁷ LCAE, primer párrafo del artículo 53.2.

Naturalmente, no es lo mismo inexistencia que nulidad, pues aquélla alude a un contrato que nunca hubo y ésta se refiere a uno que, si bien existió en algún momento para los efectos prácticos, no existe más y se reporta como si nunca hubiera existido. En las consecuencias, son términos casi sinónimos, pero en sus orígenes son distintos. La nulidad tiene que ser declarada, la inexistencia no requiere de este trámite.

Al margen de esta distinción cabe precisar, como queda dicho, que el Reglamento no armoniza con la LCE en lo que toca al plazo para iniciar el arbitraje —tal como el Reglamento anterior no armonizaba con la LCAE—, porque si bien ésta faculta a hacerlo en cualquier momento antes de la culminación del contrato, aquél lo constriñe a un plazo perentorio de no más de quince (15) días contados a partir de la notificación del pronunciamiento de la entidad. ¿Hay o no contradicción entre lo que establece la LCE y lo que establece el Reglamento? ¿Había o no contradicción entre lo que establecía la LCAE y el Reglamento anterior?

La dicotomía no se circunscribe al plazo para iniciar el arbitraje por las ampliaciones de plazo en los contratos de obra, sino que se extiende a todas las otras clases de reclamaciones, al punto que una disposición expresa, tanto del Reglamento vigente como del derogado,⁵⁸ señala el derecho que les asiste a cualquiera de las partes para iniciar un arbitraje, subrayando que lo pueden hacer dentro de los plazos de caducidad específicos previstos en varios artículos de cada uno de esos reglamentos para determinadas causales, tales como nulidad y resolución de contratos, ampliación de plazos contractuales, discrepancias sobre valorizaciones o metrados y recepción y liquidación de obras.

Es pertinente consignar que una y otra reglamentación difieren en la manera en que abordan ese otro plazo de caducidad, que para idéntico propósito estableció la derogada LCAE y la vigente LCE, que

⁵⁸ Reglamento, artículo 215, y Reglamento anterior, artículo 273.

preceptúan que el proceso puede empezarse en cualquier momento hasta antes de que el contrato concluya.

Así, por ejemplo, mientras la antigua normativa refiere que se puede emprender el proceso dentro del plazo de caducidad previsto en la ley «en armonía» con los plazos de caducidad especiales previstos en el Reglamento, el nuevo, a su turno, refiere que se puede emprender el proceso dentro de los plazos de caducidad especiales, previstos en el Reglamento, «o en su defecto» dentro del plazo de caducidad previsto en la ley.⁵⁹

¿En qué radica la distinción?

No es lo mismo hacer algo «en armonía» con cierta disposición, que hacerlo de una forma «o en su defecto» de otra. En aplicación e interpretación de las normas y definiciones de la lengua española, «en armonía» es en unión o combinación de ambas disposiciones que actúan concertadamente, en correspondencia de una y otra.⁶⁰ En cambio, «en su defecto» implica que a falta de una opera la otra o, dicho de otro modo, en ausencia de un requisito, debe observarse el otro.⁶¹

Uno actúa si el otro no lo hace. Adviértase que el texto del nuevo Reglamento no sólo dice «en su defecto», dice «o en su defecto». Esa «o» está ubicada allí como una conjunción disyuntiva que denota la diferencia que existe entre estos dos plazos.

Si los plazos, el general previsto en la LCE y los específicos previstos en el Reglamento, son contrapuestos y el nuevo Reglamento faculta a las partes a iniciar el proceso dentro de uno u otro, sin agregar alguna condición particular como hubiera sido una frase tan simple como «según corresponda» que podría haber inducido a suponer que

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Según el Diccionario de la Real Academia Española.

⁶¹ *Ibid.*

la aplicación de uno u otro depende de la causal que lo motiva, está claro que no hay que distinguir donde ella no distingue y, por consiguiente, se puede comenzar el arbitraje dentro de los plazos específicos o fuera de ellos, dentro del plazo general, cualquiera que sea la razón que lo sustenta.

Parece innecesario tener que decirlo. Es cierto. Es un defecto del Reglamento. Pero constituye un relativo avance respecto del anterior que exigía a las partes a actuar bajo el imperio de ambos plazos con lo que las obligaba en la práctica a sujetarse al más perentorio y a subordinar el plazo previsto en la ley a los previstos en el Reglamento. Era absurdo, pero ocurría y muy probablemente continúe ocurriendo.

Si la LCE faculta a comenzar el arbitraje en cualquier momento antes de que termine el contrato, carece de todo sentido establecer plazos parciales para determinadas causales y, peor aún, reiterarlos en una disposición regulatoria muy puntual en la que a renglón seguido se va a admitir que también se lo puede hacer en otro plazo más amplio.

Por eso mismo existen serias dudas de que la nueva redacción contribuya a superar el problema. Pese a que el Reglamento entra en confrontación con la LCE, al fijar sus propios plazos, y que debería elegirse esta última por un elemental principio de jerarquía normativa, las partes seguirán prefiriendo observar los plazos específicos al formular una petición de arbitraje para evitarse complicaciones innecesarias. Si el asunto es irreversible y a algún contratista se le vence el plazo especial previsto en el Reglamento, muy probablemente solicite su arbitraje posteriormente, siempre que no haya concluido el contrato. En esa eventualidad, los tribunales arbitrales se encontrarán obligados a optar como corresponde y a marcar el derrotero.

Sin perjuicio de lo expuesto, es evidente que las normas reglamentarias desean forzar el inicio de los procesos de conciliación o arbitraje para evitarle a la entidad tener que verse involucrada en varias reclamaciones al final de cada contrato. Es una alternativa perfecta-

mente válida, pero que no se condice con el derecho natural que les asiste a ambas partes para formular sus peticiones e iniciar sus acciones cuando lo estimen pertinente, siempre que la liquidación del contrato no haya quedado consentida.

Queda pendiente resolver de manera definitiva esta dicotomía. Personalmente, preferiría que se mantenga la disposición contenida en la LCE que le permite al contratista evaluar si reclama o no, o si acumula varias reclamaciones para formular una sola al final. O que se aclare. La interpretación literal del Reglamento podría estar empujándolo a iniciar arbitrajes que muy posiblemente, al término del contrato y después de hacer un rápido balance, no emprendería. Dejar en libertad a las partes para optar por lo que entiendan más conveniente y, en el momento que lo crean pertinente, siempre es mejor que amarrarlas a plazos perentorios de vencimiento inexorable.

7. EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL

En lo que respecta a los efectos de la modificación del plazo contractual, de otro lado, el Reglamento anota que «las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario». Enseguida consigna una excepción al anotar: «salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos».⁶²

El Reglamento anterior decía algo muy similar con una variación importante: «las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación, multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos».⁶³

⁶² Reglamento, primer párrafo del artículo 202.

⁶³ Reglamento anterior, primer párrafo del artículo 260.

El nuevo Reglamento agrega que «sólo en el caso de que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso».⁶⁴ La redacción no es la más feliz, sin duda, pero pretende ser clara, sin lograrlo, pese a incurrir en reiteraciones innecesarias, consecuencia de una nueva transcripción apresurada del antiguo Reglamento que decía lo mismo con similares palabras: «En el caso de que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra, por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados».⁶⁵

Hay una modificación entre uno y otro texto. Tanto para las ampliaciones, en general, como para el caso de aquéllas que se generan como consecuencia de una paralización de la obra no atribuible al contratista —añadido innecesario porque está claro que no proceden las ampliaciones generadas por causas atribuibles al contratista— corresponde reconocer ahora los mayores gastos generales variables, en el primer caso, multiplicando el gasto general variable diario por el número de días comprendidos en la ampliación, y en el segundo, sólo los debidamente acreditados, aunque justo es reconocer que esto último no ha cambiado.

En el Reglamento anterior, sólo se hacía referencia a los gastos generales sin precisar que se trata de los gastos generales variables. Por consiguiente, se le reconocían al contratista los gastos generales fijos y variables. Ahora ya no se le reconocen los fijos.

Gastos generales, según la definición que recoge el Reglamento, son aquellos costos indirectos en los que incurre el contratista

⁶⁴ Reglamento, segundo párrafo del artículo 202.

⁶⁵ Reglamento anterior, segundo párrafo del artículo 260.

para ejecutar la prestación a su cargo y que se derivan de su propia actividad empresarial, razón por la que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del respectivo servicio.⁶⁶ Son fijos cuando no están relacionados con el plazo de duración del correspondiente contrato.⁶⁷ Son variables, en cambio, cuando están relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y, por lo tanto, pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de la prestación.⁶⁸ Las mismas definiciones consideraba el anterior Reglamento.⁶⁹

La primera definición es inobjetable, habida cuenta de que los gastos generales en esencia son los costos indirectos por contraposición a los costos directos, que son aquellos en los que incurre el contratista, pero que no se derivan de su propia actividad empresarial sino de las necesidades de la misma prestación. La distinción entre fijos y variables es más compleja.

En obras, se considera como gasto general fijo, a determinados costos vinculados, por ejemplo, al proceso de licitación y contratación, al comienzo, y a la liquidación de la obra, al final. Incluye también los gastos financieros y los que generará el mantenimiento del respectivo campamento.

El gasto general variable, en cambio, está compuesto por las remuneraciones del personal profesional, técnico y administrativo asignado al trabajo, por los costos de su alimentación y alojamiento, movilización y desmovilización, los gastos de materiales, así como de algunos equipos y vehículos no incluidos dentro de los costos directos. Forman parte de este gasto general variable también los denominados costos de oficina principal, entre los que se consigna habitualmente la parte proporcional de las remuneraciones de directores, abogados, econo-

⁶⁶ Reglamento, Anexo de Definiciones, Definición 27.

⁶⁷ *Ibid.* Definición 28.

⁶⁸ *Ibid.* Definición 29.

⁶⁹ Reglamento anterior, Definiciones 31, 32 y 33.

mistas, coordinadores, personal administrativo, equipos, vehículos y materiales diversos. Es decir, los típicos costos indirectos.

Obligar al contratista a acreditar los gastos generales variables, en los que ha de incurrir en una ampliación de plazo generada como consecuencia de una paralización, parece excesivo y complicado y de hecho lo es. No parece lo más adecuado persistir en esa exigencia como tampoco excluir de los cálculos a los gastos generales fijos como hace el nuevo Reglamento, en cuya aplicación, por tanto, tienen gastos generales variables específicos las ampliaciones derivadas de una paralización y de una obra adicional, en tanto, que gastos generales variables que no requieren acreditarse, tienen las ampliaciones de plazo derivadas de un atraso no imputable al contratista. Al final, termina perdiendo más el contratista, quizás sin ninguna razón válida.

Y es que, nuevamente, aquí se confunden los conceptos y predomina la idea de que hay que procurar disminuir los ingresos del contratista como si ése fuese el objeto de la contratación pública.

El propósito de la contratación pública es obtener los bienes, los servicios y las obras que el país requiere en las mejores condiciones, y no necesaria y exclusivamente, al menor precio como creen entender algunas autoridades que se esfuerzan por reducir los montos que deben pagarle como si el Estado se encontraría en la obligación de ganarles a sus proveedores en la negociación y ejecución de sus prestaciones.

8. SOBRE LA DEMORA DE LA ENTIDAD EN APROBAR LOS PRESUPUESTOS ADICIONALES

Antes de terminar, y a propósito de los efectos de la modificación del plazo contractual y los gastos generales, quisiera referirme a la opinión del OSCE emitida con ocasión de una consulta presentada por el Director Ejecutivo de Provías Nacional, a través del Oficio n.º 2548-2009-MTC/20, relativa al pago de mayores gastos generales en un

contrato suscrito bajo el sistema de precios unitarios en el caso de una ampliación de plazo motivada por la ejecución de obras adicionales que cuentan con un presupuesto específico.⁷⁰

El OSCE empieza, como es habitual, precisando que las consultas que absuelve se refieren al sentido y alcance de la normativa sobre contratación pública, planteadas sobre temas genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.⁷¹ Advierte, por eso, que sus conclusiones no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

Hecha esta aclaración inicial, glosa la consulta formulada por Provías Nacional que inquiere sobre los casos en que podrían pagarse otros mayores gastos generales distintos a los incluidos en el presupuesto adicional de obra que, conforme a ley ya los tiene incorporados.

El documento recuerda que el Reglamento⁷² prescribe que en los contratos de obra bajo el sistema de precios unitarios los presupuestos adicionales serán formulados con los precios del contrato y/o con los precios pactados, y con los gastos generales fijos y variables propios del adicional, para lo cual deberá efectuarse un análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado y, adicionalmente, incluirse la utilidad del presupuesto ofertado, así como el Impuesto General a las Ventas.

De la norma acotada se desprende que todos los adicionales de obra convocados bajo el sistema de precios unitarios deben contener dentro de su presupuesto la totalidad del costo que incurrirá el contratista para ejecutar el adicional de obra, lo que incluye los gastos generales que inciden en la ejecución del adicional.

⁷⁰ Opinión n.º 139-2009/DTN del 07.12.09.

⁷¹ LCE, inciso i) del artículo 58. Reglamento, Segunda Disposición Complementaria Final.

⁷² Reglamento, artículo 207.

De otro lado, el mismo Reglamento⁷³ establece un listado de aquellos aspectos que, en la medida en que modifiquen la ruta crítica de la obra, constituyen causales de ampliación de plazo. Éstos son los atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista, los atrasos en cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la entidad, los casos fortuitos o de fuerza mayor debidamente comprobados y los casos en los que se aprueba la ejecución de un adicional de obra.

El OSCE añade que en aplicación de lo dispuesto por el Reglamento,⁷⁴ la ampliación de plazo en los contratos de obra tiene como consecuencia que el contratista reciba un pago por mayores gastos generales. Ello, no obstante, el documento subraya que no todas las ampliaciones de plazo dan lugar al pago de mayores gastos generales, puesto que en el caso de adicionales de obra que cuenten con presupuestos específicos, no corresponde efectuar dicho pago.

Lo señalado resulta coherente, por cuanto en los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos de los adicionales de obra incluyen los gastos generales fijos y variables, con lo cual, en caso de que la aprobación de un adicional genere una ampliación de plazo, los mayores gastos generales en que incurriría el contratista ya se encuentran cubiertos. Bajo tales consideraciones, en la medida en que los gastos generales se encuentran contemplados en los presupuestos adicionales de obra, considerar adicionalmente mayores gastos generales implicaría una duplicidad en el pago.

Sin perjuicio de lo indicado, el documento reconoce que existe un supuesto en el que pese a que los adicionales de obra cuentan con presupuestos específicos, corresponde el pago de otros mayores gastos generales. Ello se produce concretamente cuando la entidad se demora en emitir la resolución que autoriza la ejecución de prestaciones adicionales de obra.⁷⁵

⁷³ *Ibid.*, artículo 200.

⁷⁴ *Ibid.*, artículo 202.

⁷⁵ *Ibid.*, artículo 207.

El OSCE precisa que, en este caso, la ampliación de plazo se origina, no como consecuencia de la aprobación del adicional de obra, sino por la demora de la entidad en la aprobación de dicho adicional. En esa medida, el pago de los mayores gastos generales se encuentra referido, ya no a la ejecución de la prestación adicional, sino al atraso en el que incurre la entidad para aprobarla.

La entidad sólo puede aprobar prestaciones adicionales en los casos en que, restándole los deductivos vinculados, sean iguales o no superen el 15% del monto del contrato original.⁷⁶ El mismo dispositivo agrega que la necesidad de tramitar y aprobar una prestación adicional se inicia con la correspondiente anotación en el cuaderno de obra, ya sea por el contratista o por el supervisor, la que deberá realizarse con treinta (30) días de anticipación a la fecha de su ejecución. Dentro de los diez (10) días siguientes, el contratista debe presentar al supervisor o al inspector el presupuesto adicional. El supervisor o el inspector deben remitirlo a la entidad dentro de los siguientes diez (10) días. La entidad debe emitir su resolución, finalmente, dentro de los subsiguientes diez (10) días. Si se demora, como queda dicho, puede haber ampliación de plazo.

Las prestaciones adicionales de obras por valores que, restándoles los presupuestos deductivos vinculados, superen el 15% del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el titular de la entidad requieren previamente, para su ejecución y pago, de la autorización expresa de la Contraloría General de la República, institución que cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento, el cual deberá ser motivado en todos los casos. Este plazo empieza a contarse a partir del día siguiente de aquél en que la entidad le presenta la documentación sustentatoria. Una vez vencido, sin que se produzca el pronunciamiento de la Contraloría, la entidad está autorizada para disponer la ejecución y/o el pago de las prestaciones adicionales de obra

⁷⁶ *Ibid.*

por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior.

De requerirse información complementaria, el órgano de control se lo comunica a la entidad, en una sola oportunidad, a más tardar al quinto día hábil contado desde que se inició el plazo a que se refiere el párrafo precedente, más el término de la distancia. La entidad cuenta con cinco (5) días hábiles para cumplir con el requerimiento. En estos casos el plazo se interrumpe y se reinicia al día siguiente de la fecha de presentación de la documentación complementaria por parte de la entidad a la Contraloría.

El OSCE no lo indica, pero es obvio que no hay ninguna posibilidad de que sea la Contraloría General de la República la que se atrase en el trámite de la autorización de un presupuesto adicional de obra, porque si ello ocurre, la entidad queda facultada para disponer la ejecución y el pago de la prestación adicional. Por consiguiente, el documento no se equivoca al sostener que si la entidad se demora en emitir la respectiva resolución, existe el derecho del contratista a reclamar otros mayores gastos generales distintos a los que corresponden estrictamente a la ampliación de plazo por obras adicionales.

9. CONCLUSIÓN

Consignada esta aclaración final, sólo queda reiterar que en lo que respecta a la forma de abordar el asunto específico de las ampliaciones de plazo como causal para iniciar un proceso arbitral en los contratos de obra, la LCE no introduce mayores novedades. Es cierto que ha dejado pasar una importante oportunidad para corregir los errores que ya se advertían en la anterior LCAE. Es cierto también que no ha aprovechado la ocasión para unificar criterios con el Reglamento y no seguir alentando contradicciones innecesarias, como la manera de regular el plazo para solicitar el arbitraje o de determinar si el pedido de ampliación procede por una causal «no atribuible al contratista», que es lo correcto, o «ajena a su voluntad», que es lo incorrecto. No menos

cierto es que, mientras no se altere la esencia de la norma, lo que habría obligado a todos a invertir tiempo y energías en estudiarla y en familiarizarse con ella, siempre habrá tiempo para perfeccionar su texto y para incorporar las modificaciones que su propia aplicación práctica aconseje.

13.

FORMA DE LA PRUEBA

Franz X. Stirnimann Fuentes

FORMA DE LA PRUEBA

*Franz X. Stirnimann Fuentes**

La práctica de la prueba, como todos ustedes saben, es probablemente la parte más importante del proceso arbitral, es allí donde verdaderamente se decide qué es lo que es la verdad procesal, la realidad verdadera del caso. En esta fase del proceso arbitral, en la práctica de la prueba, también se demuestran las grandes virtudes del arbitraje, particularmente la posibilidad de actuar con mucha flexibilidad, pero igualmente durante dicha fase, se revelan especialmente los grandes problemas del arbitraje internacional, porque es ahí donde las diferentes tradiciones o culturas jurídicas se confrontan y chocan.

En un arbitraje internacional ustedes no van a tener sólo partes de diferentes países y, particularmente, de diferentes culturas jurídicas, sino que también los abogados pertenecerán a esa diversidad geográfica y de tradiciones jurídicas. Muchas veces en arbitrajes internacionales se enfrentan, por ejemplo, Estudios europeos con Estudios norteamericanos, o abogados latinos con abogados chinos. Igualmente, esta confrontación no sólo se encuentra entre los abogados, sino también entre los árbitros. Habrá tal vez un árbitro presidente del tribunal que es suizo o sueco, y de los otros dos árbitros, uno podría ser colombiano y el segundo de nacionalidad rusa y todas esas personas tienen una cultura jurídica diferente y van a aportar esa visión diferente del proceso arbitral al foro, al problema. Todo ello se va a cristalizar, en forma

* Asociado senior del Estudio LALIVE-Ginebra. Miembro de los Colegios de Abogados de Nueva York, Inglaterra y Gales y Ginebra. Miembro de la Asociación Suiza de Arbitraje y de otros organismos en el área de Arbitraje y Derecho Internacional.

especial, en la fase más importante del proceso arbitral que es la fase de la sumisión de pruebas.

Como anteriormente se ha mencionado, lo más importante, la cualidad número uno del arbitraje, es la flexibilidad, la cual está marcada por el poder exclusivo del tribunal, particularmente en cuanto a la prueba, de decidir la admisión de la vista y examen de la evidencia como se ve en el artículo 43 de la Ley Peruana de Arbitraje. Lo problemático de la fase de la prueba es que, tanto las reglas de las instituciones como las leyes de arbitraje sobre el tema de la prueba, son muy escasas y, por lo tanto, esta escasez crea —obviamente— espacio para, por un lado, permitir una mayor creatividad a las partes, así como para crear soluciones flexibles, pragmáticas e idóneas para el caso pertinente por parte del tribunal. No obstante e igualmente, esta escasez de reglas trae como consecuencia, inseguridad y, por lo tanto, una oportunidad de abuso por las partes.

En este contexto, el papel del árbitro de mantener disciplina en esta fase tan importante del arbitraje será crucial.

Un segundo punto es la internacionalidad de la temática y la confrontación entre lo que yo voy a denominar a lo largo de esta presentación, lo que se llama *Civil Law*, es decir tradiciones jurídicas basadas en el Derecho Romano, que se enfrentarán con una tradición jurídica que encontramos en los países anglosajones como los Estados Unidos de América, Canadá, Reino Unido, y todas las ex-colonias de éste, como Australia, Nueva Zelandia, la India, así como también Israel, que siguen otro sistema, el llamado *Common Law*, un orden legal con otros conceptos jurídicos, no sólo en cuanto a la metodología sustantiva, sino también y, en particular, en cuanto al proceso arbitral.

Dentro del marco legal de esta escasez de reglas, quedan los dos principios fundamentales del debido proceso, así llamado el *due process*, que son, en primer lugar, la igualdad entre las partes y, en segundo lugar, el derecho de las partes a tener audiencia, lo que permitirá al árbitro desarrollar sus decisiones.

Estando en un campo internacional, vamos a confrontarnos con el problema de tener que decidir cuál es la ley aplicable al proceso de la prueba. En el arbitraje doméstico, ese problema no va a surgir porque todas esas preguntas procesales se van a decidir según el Derecho peruano, pero en el arbitraje internacional se va a producir el problema de determinar cuál es la ley aplicable y —como ustedes saben— existen diversas leyes que se pueden aplicar, en primer término, la ley sobre la que han pactado las partes, la relativa al fondo de la controversia, pero también existe la ley del árbitro, la ley del foro donde se está celebrando el arbitraje, lo que se llama en latín la *lex arbitri*. Hoy en día existe un consenso en cuanto a que la forma, la visibilidad y el examen de la prueba, están sujetos a la *lex arbitri*. Si ustedes tienen un arbitraje en Lima, todos los interrogantes se van a solucionar según la ley de arbitraje, pero es muy importante indicar que éstos no se van a decidir según el Derecho Procesal Civil peruano, sino únicamente según el Derecho de Arbitraje peruano, es decir, la ley.

En otros temas como son el fardo y el nivel de la prueba, en inglés *the burden of proof* o *the standard of proof*, se ha llegado también a un consenso por el cual dichas cuestiones deberán solucionarse y decidirse según la ley aplicable al de la prueba están sujetas a la ley aplicable al fondo, que podría ser la ley que ha sido pactada por las partes, es decir por ejemplo, si en el contrato está establecido que es aplicable el Derecho inglés, *Common Law*, será éste el que decida cuál es el fardo y cuál el nivel de la prueba.

En el caso de alegaciones de connotación penal o si se trata de un tema corporativo o de capacidad legal, su solución no se basará en el derecho aplicable o en el derecho pactado, sino según el Derecho aplicable por razones jurídicas en cada caso y se aplicará ese otro derecho correspondiente al fardo de la prueba.

Esto es importante. ¿Y por qué es importante? Es importante porque, por ejemplo, el fardo de la prueba según conceptos jurídicos anglosajones, se define de forma diferente a la de nuestros países. El estándar de prueba que tienen los anglosajones es lo que llaman el

balance of probabilities, que es el cálculo de las probabilidades, mientras que como ustedes bien saben, en nuestros países, lo que hay que probar, o el nivel de prueba o el fardo, es la convicción del juez o del árbitro, y se sabe que es posible que la convicción quizá sea un nivel más alto que el cálculo de las probabilidades, así que la decisión de cuál es el derecho aplicable puede tener una consecuencia muy importante en la práctica ya que no es solamente un tema académico.

De igual modo y como ya he comentado, existe escasez en cuanto a las reglas. El artículo 24.1 del UNCITRAL o del CNUDMI o de la ley modelo, así como el artículo 43 de la ley peruana, dicen casi nada sobre un tema tan importante en el arbitraje como es el de la prueba, apenas tres o cuatro líneas. Por este motivo, en el año 1999, la IBA (International Bar Association) constituyó un grupo de expertos muy reconocidos en el arbitraje internacional, los cuales redactaron las reglas del IBA sobre la práctica de pruebas en el arbitraje comercial internacional. Hoy en día, estas reglas forman la base, el consenso internacional, lo que podríamos llamar la biblia que regula cómo se tiene que llevar adelante la práctica de la prueba. Es un documento que ustedes fácilmente pueden acceder en internet a través del buscador Google.

Este documento, que es altamente minucioso, consta de catorce páginas con reglas muy detalladas en cuanto al tema de la prueba, por ejemplo, cuál prueba es admisible y cuál no. Actualmente, es el estándar en cuanto a derecho de prueba. Normalmente, en un arbitraje internacional las partes van a pactar al comienzo del arbitraje que se apliquen dichas reglas, o sea que se estipule esto en el acta de emisión, o en la orden procesal o en ciertas partes de la misma y, desde luego, la IBA recomienda que se estipule la aplicación de las reglas IBA en la misma cláusula arbitral.

Hay dos maneras de aplicar dichas reglas: o se aplican estrictamente como reglas, o simplemente como guía. Si la estipulación de las partes es de aplicar las reglas como reglas, la violación de una regla puede ser razón para una demanda de nulidad del laudo. Si se pacta

que las reglas sólo se apliquen como guía, en inglés *guidelines*, la violación por parte del árbitro de una regla que se encuentra en el documento, no puede formar parte del fundamento de una demanda de nulidad. Así es que es muy importante la manera en que se va a hacer la estipulación para la aplicación de estas reglas.

El objetivo en el ámbito de las pruebas es probar hechos, para lo cual normalmente se utilizan documentos y testigos. Para probar o explorar temas técnicos, se utiliza el dictamen de un perito. Sin embargo, lo que es importante e interesante en el arbitraje internacional es que en infinidad de circunstancias lo que se tiene que también probar, es la ley.

Esto se da por diferentes razones. Una es que en el arbitraje en el mundo anglosajón *common law*, hay la concepción, la tradición, de ver a la ley como un hecho, es decir, el árbitro no tiene que conocer la ley, sólo la tiene que conocer si las partes la aprueban como un hecho, por lo tanto, las partes tienen que someter un dictamen de un experto legal, pero ello también tiene una connotación práctica.

Me explico, es posible que ustedes tengan tres árbitros de diferentes países, pero ellos no van a saber si las partes, por ejemplo, han pactado aplicar la ley sueca. Podría darse el caso de que ellos entiendan los conceptos jurídicos generales de la ley sueca, pero no los detalles, por lo que los árbitros van a aceptar con satisfacción el que las partes presenten a un perito, a un experto que les explique la ley, porque según el concepto civil europeo o latino, los árbitros deberían conocer la ley, el principio de *iura novit curia* o *iura novit arbitri*, pero en la realidad aunque esos tres árbitros deberían conocer el Derecho sueco, no lo conocen. Esta circunstancia se repite en muchos arbitrajes internacionales, particularmente, en arbitrajes donde se trata de sumas sustantivas, de una envergadura de más de veinte o cincuenta millones, en dichos casos, se verá como muy normal la sumisión de un dictamen de derecho, especialmente, en el caso de que ninguno de los árbitros sea un abogado de la jurisdicción pertinente.

Pasando a los diferentes tipos de pruebas, empezaré con las pruebas por documentos, después trataré sobre las pruebas por testimonio o por testigo y terminaré con la prueba pericial. Como ustedes bien saben, en el arbitraje se dice que un documento nunca miente y, por lo tanto, el documento es la prueba principal en el arbitraje internacional. Si uno tiene un hecho que se puede probar con un documento, uno va a someter el documento y no va a recurrir a la prueba con un testigo.

Un asunto que es muy importante y distinto en la práctica del arbitraje internacional es que los documentos se someten sucesivamente; es decir la prueba no se somete al principio del proceso, sino lentamente con cada escrito. Me explico, en la demanda de arbitraje, tal vez voy a someter dos o tres documentos, los más favorables, con el segundo escrito voy a someter más, documentos dependiendo a cómo vaya el caso, cuales sean los alegatos de las partes; ello puede continuar hasta antes de la audiencia donde pueda incluso someter documentos cuando someto las declaraciones de los testigos y pueda someterlas con documentos y hasta quizá pueda someter documentos durante la audiencia, habiendo una flexibilidad muy grande, en el momento de la sumisión de los documentos.

Esto es una diferencia clara, un contraste con la tradición del proceso judicial que se conoce en países latinos como Perú, España, etc. donde uno tiene que someter los documentos desde el principio y antes de la audiencia.

En ese mismo rubro de la presentación de documentos, algo muy interesante en el arbitraje internacional, es lo que se llama la solicitud de exhibición de documentos, una particularidad muy anglosajona. Se trata de que una de las partes pide a la otra parte ciertos documentos para sustentar sus alegatos. En el arbitraje internacional, especialmente hoy en día con las reglas IBA, se ha encontrado un compromiso entre el extremo, que se conoce en los Estados Unidos de América como *discovery*, en el cual una parte puede solicitar todo tipo de documentos sin precisar qué documentos exacta-

mente se está pidiendo, es decir, por ejemplo, «yo solicito toda la correspondencia que sea relevante o que tenga que ver con este contrato desde 1997 hasta el 2005, y por otra parte, la pauta normal del arbitraje internacional, en la que sólo puede pedir documentos específicos probando que son relevantes, y que verdaderamente son necesarios para el caso en cuestión.

Por otro lado, existe un instrumento del proceso arbitral que se denomina el *redfern schedule*, con en la cual las partes elaboran mediante una lista los documentos que necesitan, se intercambia esta lista, la contraparte escribe por qué no tiene el documento, o por qué no lo quiere someter, y ese documento pasa de mano en mano hasta que al final llega a los árbitros quienes van a tomar la decisión.

¿Qué pasa si la parte que es requerida por el árbitro a que someta ese documento solicitado por la contraparte no lo hace? La ley peruana prevé la asistencia judicial, es decir, el árbitro que no tiene imperio puede recurrir a una Corte local y pedir que la Corte obligue a la parte a la sumisión de ese documento.

La asistencia judicial es un instrumento importante en el arbitraje doméstico. Sin embargo, en el arbitraje internacional es impracticable, porque depende de si hay un tratado de asistencia judicial entre los países de las partes litigantes (por ejemplo, el Perú con China o éste con Suecia, etc.), y muchas veces no existe ese tipo de tratado.

Por lo tanto, la única forma de que el tribunal o la parte imponga o ejerza presión a la contraparte en la sumisión de un documento, es llevado a cabo a través de los poderes que tiene el mismo tribunal, el así llamado poder de la coerción, y otro de los más importantes que también se encuentra en el documento del IBA, es el que el tribunal puede inferir, en caso de falta de exhibición del documento, que el dicho documento es contrario a los intereses de la parte, que no somete el mismo. Esto puede constituir un instrumento muy eficaz, pues

muchas veces la parte prefiere someter el documento a fin de evitar esta reacción de parte del tribunal, que se denomina en inglés la *adverse inference*. Asimismo, el tribunal también puede imponer multas procesales, como es en el caso de Francia, donde las reglas de arbitraje permiten tal multa o, por último, también, el tribunal puede imponerlas a la parte que no somete el documento.

En cuanto a la presentación de los testigos, en el arbitraje internacional es muy importante el proceso judicial doméstico aquí en el Perú. Como ustedes tendrán conocimiento, la prueba por testigo es primordial en el sistema anglosajón y esta tendencia de darle mucha importancia al testigo, ha encontrado su recepción en el arbitraje internacional.

La práctica normal es que la parte somete un *witness statement* o sea una declaración escrita del testigo sobre los hechos que se somete antes de la audiencia y, seguidamente, el testigo aparece en la misma y empieza lo que se llama la coreografía anglosajona de la *cross examination*, el *contrainterrogatorio*, que es una manera de examinar al testigo muy típica de la tradición jurídica anglosajona y que se ve mucho en el arbitraje internacional y se debe, pues, a la influencia de las firmas norteamericanas.

Otra de las materias que también tiene mucha importancia y es, a su vez, distinta en el arbitraje internacional, es la prueba pericial. Ocurre que no sólo existe el dictamen de un perito llamado por el tribunal, sino que en el arbitraje internacional cada parte puede traer su propio perito y, entonces, se desarrolla lo que se llama la *battle of experts*, en la que ambos peritos discuten frente al tribunal.

Obviamente, hay mucho más que decir. Pero, con esto termina mi ponencia.

Agradezco a la Universidad Católica por la invitación a este congreso tan prestigioso.

Estoy a disposición para cualquier pregunta sobre la práctica del arbitraje internacional. Mi email es fstirnimann@lalive.ch.

Muchas gracias.

14.

APUNTES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EN EL
DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071, NUEVA LEY DE ARBITRAJE

Ana María Arrarte Arisnabarreta

APUNTES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EN EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071, NUEVA LEY DE ARBITRAJE

*Ana María Arrarte Arisnabarreta**

El arbitraje no debe ser, pues, un modelo que opere a medias ni que ha de estar expuesto a la ortopedia que le suministran los magistrados. En lo suyo son jueces plenos, se les reconoce mayor libertad y espontaneidad aunque siempre subordinados a las exigencias —constitucionales— del proceso justo.

Augusto M. Morello.

Sumario: 1. Cuestiones previas.— 2. Análisis de los aspectos principales de la ejecución de laudos arbitrales.— 2.1. La jurisdicción arbitral y su limitación en la ejecución de laudos.— 2.2. Actos de ejecución que pueden realizar los árbitros.— 2.3. Ejecución judicial de laudos arbitrales.— 2.4. Sobre el procedimiento de ejecución judicial del laudo.— 2.5. Sobre la posibilidad de ejecutar laudos parciales.— 3. Conclusiones

1. CUESTIONES PREVIAS

El arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, cuyo eje central es la voluntad de las partes, de no recurrir al Estado y de someterse a este mecanismo privado, en el que tienen la libertad de elegir a la persona que resolverá su controversia, establecer el procedimiento que consideren más adecuado, respetando preceptos mínimos que evi-

* Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socia del Estudio Echecopar Abogados.

ten situaciones de indefensión,¹ y limitando al máximo la intervención estatal.

Sin embargo, esta finalidad sólo se logrará en la medida que se cumplan tres objetivos: i) que el tiempo que dure el arbitraje sea corto, al punto que la solución a la que se arribe, sea eficiente; ii) que el costo del mismo sea accesible; y iii) que se satisfagan las expectativas de cumplimiento o ejecución del laudo.²

Para ello debemos tener en cuenta que si bien por un lado la sumisión al arbitraje implica contar con un procedimiento esencialmente dispositivo, en el que la flexibilidad y voluntad de las partes, prima; por otro, una vez emitida la decisión (o laudo), será necesario que se cuente con mecanismos que permitan su ejecución, cuando la parte obligada no esté de acuerdo con lo resuelto, y en consecuencia, no esté dispuesta a cumplirla espontáneamente. Es aquí cuando se vuelve necesaria la interacción con la actividad judicial.

¹ Fazzalari indica, refiriéndose a la naturaleza del arbitraje: «La disciplina de tales procesos impone opinar acerca de su naturaleza privada, distinta de aquella, pública, de los procesos jurisdiccionales.

En efecto. Tanto las partes como el árbitro están relacionadas por el vínculo contractual establecido en el compromiso arbitral [...] y desarrollan su papel en el plano privatístico [...]. En particular, el árbitro no está por encima de los litigantes, como sucede en cambio, con el juez, en razón de la soberanía del Estado, de la cual él es un órgano: el árbitro ostenta, en el curso del arbitraje y al finalizarlo, unos deberes, pero se trata de deberes que se derivan no de una investidura del Estado, sino del contrato de *locatio operis* que lo vincula a las partes.

Correlativamente, la actividad procesal de las partes envuelve facultades, poderes y deberes, cuyo contenido puede incluso reproducir las posiciones de las partes en el proceso jurisdiccional, pero también se distinguen porque no están insertas en un proceso estatal y por no estar sujetas a los poderes coercitivos del juez».

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, p. 323. (Traducción libre).

² Como enseña Fazzalari, «el arbitraje como proceso de naturaleza privatística, procura obviamente menos control y revisión judicial». FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: Utet, 1997, p. 15.

En efecto, si bien nuestra Constitución Política, en su artículo 139, ha optado por recoger la tesis del carácter jurisdiccional del arbitraje,³ contradictoriamente le ha privado de uno de sus atributos esenciales: su carácter coercitivo —potestad de hacer cumplir sus decisiones, aun haciendo uso de la fuerza—, determinando que para la ejecución forzada del mandato arbitral, se deberá recurrir al Poder Judicial.^{4 5}

Advertida la necesidad de interacción entre la función arbitral y la judicial, podemos sostener —siguiendo a Chocrón Giráldez—⁶ que, en la gama de formas de intervención jurisdiccional (entiéndase, Judicial), resulta trascendente aquélla de naturaleza complementaria, en la que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la judicial.

³ Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral [...]». (Subrayado agregado).

⁴ Prieto, señala: «¿qué conviene más a aquéllos que se benefician del apogeo del arbitraje, un arbitraje «contractual/civil» o un arbitraje «jurisdiccional/procesal»? [...] un arbitraje lo más contractual civil posible (esto es, lo más informal y positivo posible) por lo que respecta al convenio arbitral, la designación de los árbitros y el procedimiento arbitral en general; y lo más jurisdiccional/procesal posible en materia de ejecutoriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero sin un sistema de recursos contra éste, propio de una sentencia judicial». PRIETO, J. *Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje*. Madrid: La Ley, 1989, tomo I, p. 131.

⁵ Amaral Santos indica: «La jurisdicción comprende tres poderes: el de decisión, el de coerción y el de documentación [...]

El poder de coerción se manifiesta flagrantemente en el proceso de ejecución, cuando se trata de compilar al vencido al cumplimiento de la decisión. Asimismo la ejerce el juez en los procesos de conocimiento y cautelares, como cuando ordena a las partes prestar testimonio, determina la exhibición de documentos, condena o aplica sanciones».

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Directo Processual Civil*. Sao Paulo: Saraiva, 1999, 2.ª Ed., vol. I, p. 71. (Traducción libre).

⁶ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 197.

Así, en tales casos, es necesario primero que el tribunal arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del Poder Judicial; evidentemente, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento.

Ahora bien, en lo que respecta a nuestra legislación, tenemos que desde setiembre de 2008 entró en vigencia el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, LA), cuyo rasgo esencial es deslindar la actividad arbitral, evitando en la mayor medida posible, la intervención judicial, bajo la lógica de evitar situaciones de interferencia que lamentablemente se dieron con frecuencia mientras estuvo vigente la legislación anterior.

En materia de ejecución de laudos arbitrales, por ejemplo, son dos los rasgos principales que van a marcar la pauta de cómo deben interpretarse las normas contenidas en la LA:

- A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje, actualmente derogada (en adelante, LGA), la nueva legislación establece claramente que los árbitros pueden estar facultados para ejecutar sus laudos, en la medida que medie un acuerdo de las partes en ese sentido, y evidentemente, en tanto no sea necesario el uso de la fuerza pública.⁷
- La regla respecto de la intervención válida del Poder Judicial en materia arbitral —como es el caso de la ejecución de laudos— es el

⁷ Artículo 67. - «Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».

carácter residual, esto es, el Poder Judicial sólo podrá realizar aquellos actos que expresamente autorice la Ley de Arbitraje.⁸

A continuación desarrollaremos los aspectos que estimamos más relevantes en materia de ejecución de laudos arbitrales.

2. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PRINCIPALES DE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

2.1. *La jurisdicción arbitral y su limitación en la ejecución de laudos*

Acerca del momento en que cesa la jurisdicción de los árbitros, a diferencia de la LGA —que no regulaba este tema—, la LA es clara al señalar en el artículo 60⁹ que las funciones del tribunal arbitral cesan al resolver definitivamente la controversia, esto es, al emitirse el laudo, así como las resoluciones que lo rectifican, interpretan, integran o excluyen, de ser necesarias.¹⁰

⁸ Artículo 3.- «Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo, no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga. [...]».

⁹ Artículo 60.- «Terminación de las actuaciones.

1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67».

¹⁰ Nuestra legislación recoge una posición clara de la doctrina, en este sentido. Así, refiriéndose a la conclusión de la función arbitral, Fazzalari indica: «A su vez, el árbitro ritual (refiriéndose a lo que en nuestro sistema sería el equivalente a un árbitro de derecho), agota su propia labor mediante el acto de disposición plasmado en su propio juicio, pero emitido gracias al poder que las partes le han conferido». (Traducción libre).

FAZZALARI. Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1989, p. 324. De igual manera, Caivano —comentando el artículo 53 de la Ley General de Arbitraje peruana, actualmente derogada— señala: «Si bien en principio con el

Por lo indicado, podemos afirmar que, en principio, los árbitros no tendrían potestad para ejecutar el laudo que total o parcialmente pone fin a la controversia.

El sustento de esta posición se encuentra en la exclusividad que el Estado se ha reservado en el ejercicio de las facultades de *imperium*, inherentes a la función jurisdiccional; encontrándose vedado el uso de la fuerza por los particulares, entre ellos, los árbitros.

Al respecto, Lohmann sostiene: «[...] Tanto por la naturaleza del arbitraje como por el alcance de la misión que las partes encomiendan a los árbitros, éstos no gozan ni del poder real ni del poder jurídico para imponer con carácter forzoso la ejecución de su decisión como sentencia. La misión de ellos termina al pronunciar y notificar el laudo, salvo las aclaraciones que las partes puedan pedirles».¹¹

En esta misma línea, Cremades refiriéndose a la potestad de ejecución de los árbitros afirma que es «una actividad inexpropiable de la autoridad judicial, precisamente porque los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes: más allá escapa a su competencia y sólo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir lo establecido en la sentencia».¹²

Sin embargo, y a propósito de la cita de Cremades, estimamos importante rescatar lo siguiente: «los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes: más allá escapa a su competencia». En consecuencia, nada obsta a que las partes atribuyan a los árbitros fa-

dictado del laudo se agota la jurisdicción de los árbitros, existen ciertas actuaciones seguidas por éstos con posterioridad. Por lo pronto, deberán notificarlo a las partes, para lo cual se establece un plazo de 5 días de haber sido emitido». Caivano, Roque. *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Lima: Apenac, 1998, p. 298.

¹¹ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Arbitraje*. Lima: Biblioteca Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, 4.ª Ed., vol. V, p. 167.

¹² CREMADES, Bernardo. *Estudios sobre arbitraje*. Madrid: Pons, 1977, p. 196.

cultades de ejecución, siempre que éstas no sean contrarias a la ley, es decir, no impliquen el uso de la fuerza pública.

Ésta es precisamente la posición adoptada tanto por nuestro ordenamiento arbitral derogado, concretamente en el artículo 83 de la LGA,¹³ como por la nueva legislación, en el artículo 67 de la LA,¹⁴ que han reconocido que si bien los árbitros carecen de soberanía para realizar actos de *imperium*, ello no obsta a que puedan realizar actos destinados a lograr el cumplimiento de los mandatos contenidos en su laudo, siempre que esta potestad de ejecución haya sido conferida por las partes, y se encuentre dentro de los márgenes que autoriza la ley.

Así, atendiendo a que la competencia arbitral proviene de la voluntad de las partes, las potestades del tribunal arbitral serán precisamente aquéllas atribuidas por las primeras en el respectivo convenio arbitral o en el procedimiento al que se sometieron para la tramitación del arbitraje, el cual puede estar contenido en el Convenio Arbitral, en el Acta de Instalación, o en el Reglamento de la institución que administra el proceso, si así las partes lo han acordado.

¹³ Artículo 84.- «El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio».

¹⁴ Artículo 67.- «Ejecución arbitral.

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».

Ahora bien, una posición con la cual discrepamos, es lo dispuesto en el artículo 67 de la LA, al exceptuar de la potestad de los árbitros, incluso el «dictar» mandatos que impliquen el uso de la fuerza pública, y haber establecido que en el supuesto que ésta sea necesaria, el tribunal arbitral «cesará en sus funciones sin responsabilidad».¹⁵

En efecto, estimamos que el hecho de que los árbitros no puedan realizar directamente actos que impliquen el uso de la fuerza para el cumplimiento del laudo, no obsta a que puedan ordenar las medidas de ejecución que correspondan, oficiando al Poder Judicial para que las haga efectivas, precisamente en el ejercicio del *imperium* que le está reservado con carácter exclusivo. Es más, no encontramos ninguna razón válida que impida que la ejecución pueda llevarse a cabo de acuerdo a estos términos.

Por lo indicado, compartimos la opinión Caivano, quien refiriéndose a los actos que requieren el ejercicio de la fuerza para lograr su cumplimiento debido a la reticencia de las partes, señala: «Entendemos que debe tener igual tratamiento al de un oficio proveniente de un juez ordinario de otra jurisdicción. [...] Si bien las razones por las cuales ambos carecen de *imperium* son diferentes (el juez porque su jurisdicción está limitada a un territorio diferente; el árbitro porque la suya está privada de este atributo), la situación resulta desde todo punto de vista, equiparable, ya que las normas generales prevén el auxilio de los jueces que gozan de *imperium* para suplir esta carencia».¹⁶

¹⁵ Artículo 67.- «Ejecución arbitral
[...]

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».

¹⁶ CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: *Ad-Hoc*. 2000, p. 231.

En estricto, no estimamos que exista una razón que justifique que en nuestro sistema arbitral los árbitros puedan dictar mandatos que impliquen el uso de la fuerza para dar cumplimiento a las decisiones que emitan durante el proceso arbitral —como es el caso de la asistencia judicial para la actuación de medios de prueba¹⁷ o la ejecución de medidas cautelares—¹⁸ y no respecto del laudo mismo.

Más aún, en nuestra opinión, si las partes han atribuido al tribunal arbitral la potestad de ejecución, lo que corresponde es que continúe teniendo el control respecto del cumplimiento de una decisión que él mismo dictó y que obedece a hechos que conoce perfectamente, estando además en aptitud de disponer las medidas que sean necesarias para lograr su ejecución, sin que para ello se requiera del inicio de un proceso judicial.

No parece razonable ni jurídicamente sustentable que, pese a que expresamente las partes atribuyeron al tribunal arbitral la potestad de ejecución, éste, «a su sola discreción» pueda dejar de ser competente si considera necesario dictar una medida que implique un pedido de asistencia judicial para el uso de la fuerza pública.

¹⁷ Artículo 45. - «Colaboración judicial.

[...]

3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguna contra la resolución que a dichos efectos dicte».

¹⁸ Artículo 48. - «Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

[...]

2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna».

2.2. Actos de ejecución que pueden realizar los árbitros

Los actos de ejecución que puede realizar el tribunal arbitral, en la medida de que no impliquen el uso de la fuerza, pueden ser clasificados en dos (2) grandes rubros:

- Mandatos cuya ejecución alcanza únicamente a las partes que celebraron el convenio arbitral y otorgaron esta potestad al tribunal, bastando para ello la notificación a la parte obligada.
- Mandatos cuya ejecución involucra a terceros que no se sometieron a la autoridad arbitral.

En el primer supuesto (mandatos cuya ejecución se limita a la notificación a la parte obligada), queda claro que no existiría impedimento alguno para que estas decisiones puedan ser ejecutadas por los árbitros.

Por ejemplo, la orden de no ejecución o de constitución de una carta fianza destinada a garantizar la ejecución de un contrato.

En el segundo supuesto (mandatos cuya ejecución involucra la actividad de terceros), la conclusión es menos obvia, pues estamos frente a sujetos que no se sometieron a la jurisdicción arbitral, pese a lo cual reciben un mandato del tribunal arbitral.

En nuestra opinión, los árbitros sí están en aptitud de dirigir mandatos hacia terceros, los mismos que deben proceder a su cumplimiento.

Así, por ejemplo, la inscripción de una transferencia de propiedad en Registros Públicos, no debe requerir de la expedición de partes judiciales, siendo suficiente que éstos sean expedidos por el propio tribunal arbitral que dictó el laudo, pues el mandato dirigido a la autoridad registral, proviene de un órgano con competencia legalmente establecida para ello, más aún si la propia Constitución ha atribuido al arbitraje la calidad de «jurisdicción».

Lo mismo ocurriría con la ejecución de mandatos de retención por las instituciones bancarias y financieras, quienes deben retener y, posteriormente, entregar los fondos del obligado a dar cumplimiento al laudo arbitral que lo condena.

Ahora bien, lo que sí es evidente es que si estos terceros se niegan a dar cumplimiento al mandato arbitral, los árbitros no están en aptitud de aplicarles medidas coercitivas. En este supuesto, será necesario recurrir a la vía judicial, para que actuando en su rol complementario, haga uso del *imperium* y determine la ejecución forzada del mandato arbitral.

Precisamente para evitar situaciones como la descrita, en las que la inejecución de un mandato arbitral podría no tener ninguna consecuencia, lo que determina su total ineficacia —salvo que se recurra al Poder Judicial, claro está— la LA ha previsto en su Segunda Disposición Complementaria, la existencia de «Convenios de Ejecución», que son aquéllos que «las instituciones arbitrales podrán celebrar [...] con instituciones públicas o privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o laudos a cargo de tribunales arbitrales».

Hasta la fecha no tenemos conocimiento de la celebración de algún «Convenio de Ejecución»; sin embargo, es evidente que el éxito de la ejecución arbitral de los laudos, y con ello de la institución del arbitraje en sí misma, depende en gran medida de que instituciones no vinculadas directamente por un acuerdo entre las partes, como es el caso de los bancos y financieras, Registros Públicos, CONASEV, etc., ejecuten como obligatorias las decisiones arbitrales, sin necesidad de recibir para ello un mandato judicial que las obligue.

2.3. Ejecución judicial de laudos arbitrales

Inicialmente, es de señalar que nuestra legislación arbitral vigente, si bien no equipara el laudo con una sentencia judicial, denominándole

título ejecutivo —a diferencia de lo que establecía la LGA—,¹⁹ le atribuye la misma eficacia jurídica y práctica, al establecer en el artículo 59 de la LA que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, atribuyéndole el carácter inmutable y coercitivo propio de la autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo, una modificación realmente importante incorporada por la LA, es que para la ejecución del laudo, no requiere que éste tenga la calidad de firme, esto es, que haya transcurrido al plazo para su impugnación —arbitral o judicial—,²⁰ sin que la parte perjudicada haya interpuesto contra él, recurso de anulación, o cuando habiéndolo hecho, el Poder Judicial haya desestimando la pretensión impugnatoria, confirmando la validez del laudo.²¹

Así, la calidad de «definitivo» y ejecutable que la LA atribuye al laudo una vez notificado, no implica que esta decisión sea también

¹⁹ En efecto, la LGA establecía en su artículo 83 que el laudo arbitral «tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento [...]».

²⁰ Recordemos que la LGA derogada, preveía la posibilidad de que un laudo sea impugnado vía recurso de apelación, que podía tramitarse ante una segunda instancia arbitral o judicial, o vía recurso de anulación, que sólo cabía interponerse ante el Poder Judicial.

²¹ Al respecto estimamos pertinente citar la opinión de Álvarez Rodríguez recogida por Cantuarias Salaverry, en los siguientes términos: «[...] la eficacia del laudo está subordinada a que éste pueda considerarse como firme. La firmeza del mismo se produce bien porque contra el mismo no se ha interpuesto el recurso de anulación, o bien porque interpuesto el mencionado recurso este haya sido desestimado. El efecto que produce, como hemos apuntado, es de cosa juzgada, la cual debe ser contemplada en una doble vertiente: como cosa juzgada formal, suponiendo que no se es susceptible de ser atacada; y como cosa juzgada material, que impide que se abra un nuevo proceso sobre lo que ya ha sido juzgado por el arbitral/s con tal que exista identidad de sujetos, objeto y actividad arbitral concluida».

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. «Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley Española de Arbitraje». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Madrid: CIVITAS. 1998-1989, vol. V, citada por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: UPC, 2007, p. 410.

firme, pues la misma norma —aun cuando de manera excepcional— permite su impugnación paralela a través del recurso de anulación ante el Poder Judicial.²²

En efecto, como sabemos, si bien la decisión arbitral sobre el fondo de la controversia, no podrá ser materia de revisión por el Poder Judicial, sí podrá serlo la validez misma del laudo, para lo cual se verificarán aspectos formales pero esenciales como: i) Si existe un convenio arbitral por el cual las partes atribuyeron a los árbitros «jurisdicción» para resolver su caso concreto; ii) si el ordenamiento jurídico permite someter a arbitraje la materia objeto del convenio; iii) si el tribunal arbitral ha sido conformado de la forma acordada por las partes; iv) si las partes han podido hacer valer sus derechos en el arbitraje; y v) si los árbitros han resuelto dentro del plazo acordado por las partes, esto es, dentro del plazo en el que éstas les atribuyeron «jurisdicción» para decidir su controversia.

En consecuencia, podría ocurrir perfectamente que un laudo se ejecute, pese a no ser firme, pero que luego sea anulado como consecuencia de la decisión judicial recaída en el recurso de anulación interpuesto por la parte desfavorecida, lo cual sería sumamente grave, y en muchos casos, generaría situaciones de muy difícil reversión.

Entendemos que ésta es una opción legislativa riesgosa, pero conscientemente adoptada, en base a una evaluación de «costo-beneficio». En efecto, si bien el peligro antes mencionado existe, los casos de laudos anulados judicialmente son excepcionales, por lo que esta posibili-

²² Artículo 62. - «Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal Arbitral».

dad real, se reduce al mínimo, frente a la ventaja que tiene la ejecución inmediata, ante la posibilidad de que la interposición del recurso de anulación, sólo tenga como propósito evitar que el laudo pueda ser ejecutado.

Ahora bien, la única manera de suspender la ejecución, es que ello sea ordenado por el Poder Judicial, para lo cual será imprescindible que quien lo solicita otorgue una «garantía de cumplimiento»²³ equivalente al monto ordenado en el laudo —de contener un mandato de condena— o a aquél determinado por el tribunal arbitral o por la Corte Superior, para estos efectos.

Cabe citar aquí la parte pertinente de la Exposición de Motivos del Proyecto Modificadorio de la LGA, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS de fecha 25 de enero de 2006, que en gran parte dio lugar a la LA vigente.

Así, entre una de las reformas urgentes propuestas por la Comisión se señala:

- f. Establecer una mejor regulación de la ejecución de laudo y, en particular, de la posibilidad de suspender los efectos, para lo cual deberá por regla general garantizarse el cumplimiento de lo ordenado como requisito previo para solicitar su anulación.

Por otro lado, refiriéndose a esta propuesta, precisa:

Se pretende de esta manera desincentivar la interposición maliciosa de los recursos de anulación. El laudo es vinculante y ejecutable aun cuando se encuentre pendiente el recurso de anulación. Sólo podrá suspenderse su ejecución ofreciendo la garantía de cumplimiento respectiva.²⁴

²³ La garantía de cumplimiento se encuentra regulada en el artículo 66 de la LA, como único mecanismo contemplado para suspender la obligación de cumplimiento del laudo y su ejecución arbitral o judicial.

²⁴ Sin duda, la Comisión Técnica recogió la posición ya expresada con anterioridad por Cantuarias Salaverry, quien refiriéndose a este tema señaló:

Habiendo definido que el laudo arbitral es ejecutable, aun cuando esté siendo materia de impugnación en la vía judicial —salvo que los efectos de la decisión cuestionada hayan sido suspendidos—, es de precisar cuál es el rol que debe cumplir el juez encargado de la ejecución.

Al respecto, debemos señalar que la función del Poder Judicial en este caso, no es la de emitir una sentencia, ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral, se trata simplemente de cumplir un rol complementario, que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto, como hemos señalado reiteradamente, ésta ha sido reservada al Estado.²⁵

El propósito de la intervención judicial será contribuir a que el mandato arbitral logre su eficacia a través de la satisfacción práctica de los derechos en discusión, ante la resistencia de la parte obligada a cumplirlo, mas no generar certeza alguna respecto de lo decidido, pues ésta ya fue conferida por el laudo.

«Nos enfrentamos pues a una situación en la que el vencedor en un arbitraje tiene que esperar no menos de seis meses para que, recién después de que el Poder Judicial confirme la validez del laudo arbitral, pueda proceder a su ejecución.

Al mismo tiempo, todos sabemos que la gran mayoría de veces los recursos de anulación son planteados sin que exista una causal de anulación válida y con el único objetivo de demorar, indebidamente, la ejecución de los laudos arbitral. En efecto, si bien no existen estadísticas oficiales, se conoce que el Poder Judicial peruano solo en contadas oportunidades ha anulado laudos arbitrales. Esto se debe, entre otros, a la correcta actitud que viene mostrando la gran mayoría de magistrados frente al arbitraje y, además, al limitado número de las causas de anulación.

Ante esta situación, consideramos que de manera urgente debe reformarse la LGA, con la finalidad de que la interposición y pendencia del recurso de anulación, no suspenda la ejecución de un laudo arbitral, salvo que la Corte que conoce de esa causa dicte una medida cautelar expresa de suspensión de la ejecución, en cuyo caso se deberá ordenar, necesariamente el otorgamiento de las garantías respectivas».

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Ob. cit.*, p. 418.

²⁵ Ver CAIVANO, Roque. *El Arbitraje* [...], p. 241.

Así, el juez no se encuentra en aptitud de realizar un análisis respecto de la decisión materia de ejecución, por lo que carece de competencia para pronunciarse sobre su justicia, razonabilidad o legalidad, y con mayor razón está impedido de modificarla, aclararla o analizar los hechos o los medios de prueba ofrecidos para demostrar la certeza de las afirmaciones que sirvieron de sustento para la emisión del laudo.²⁶

Los únicos aspectos que el Órgano Jurisdiccional (entiéndase, el Poder Judicial) podrá verificar una vez presentada la solicitud de ejecución del laudo arbitral, será: i) Que se adjunte copia completa del laudo arbitral y de las resoluciones que lo rectifican, interpretan, integran y/o excluyen, de ser el caso, en tanto constituyen el título ejecutivo; ii) que, en los casos en que las partes hayan conferido a los árbitros potestad de ejecución, el tribunal arbitral haya emitido la resolución por la cual determine que es necesaria la asistencia de la fuerza pública; iii) que la obligación sea exigible de acuerdo a los términos del propio laudo; iv) que el ejecutado no haya cumplido con el pago; y v) que los efectos del laudo no se encuentren suspendidos. Cabe indicar que, si bien la norma no lo indica de manera expresa, es claro que la ejecución de laudo debe ser suspendida en cualquier momento, si se acredita la declaración de suspensión de los efectos del laudo, emitida por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

Ahora bien, un aspecto que genera discusión —ciertamente en doctrina, pues en la práctica hasta el momento no se conoce de ningún caso al respecto— es si el juez se encuentra en aptitud de rechazar la ejecución debido a que lo resuelto no era arbitrable de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, o lo decidido es contrario al orden público.

²⁶ «Aquél que voluntariamente aceptó ser juzgado por éstos no puede luego desconocer la fuerza vinculante del pronunciamiento dictado por las personas a quienes encomendó esa función, ni volver a proponerlas ante ningún otro tribunal judicial ni arbitral. Pero, tal limitación también alcanza a los jueces ya que más allá de la competencia que pueda surgir a favor de ellos a través de los recursos que el convenio arbitral o la ley de arbitraje autoricen, carecen de potestad para revisar el contenido del laudo consentido». CAIVANO, Roque. *Negociación, Conciliación y Arbitraje* [...], pp. 298-299.

Al respecto Caivano, refiriéndose a la necesidad de limitar al máximo la intervención judicial en lo que respecta a la ejecución del laudo arbitral, señala: «Esta premisa debe ser comprendida por el tribunal judicial a fin de evitar que se desvirtúe el sentido y la razón de su intervención. La única excepción admisible a esta regla deberá ser el supuesto en que el juez advierta que la medida decretada por los árbitros atenta de manera ostensible contra una norma de orden público».²⁷

Por otro lado, Chocrón Giráldez, comentando el artículo 55 de la Ley de Arbitraje española, sostiene: «En consecuencia, puede concluirse que el control de oficio por el juez respecto del fondo, se reduce al caso en que no se hubiera interpuesto recurso de anulación contra el laudo y, en ese caso, sólo se ciñe a los casos de haber resuelto en el arbitraje un objeto que no podía serlo y a los casos en que el laudo fuera contrario al orden público».²⁸

Sobre el particular, es de indicar que la LA no ha previsto este tema, sin embargo, consideramos que la posición del legislador nacional puede desprenderse de una interpretación de los principios que fija la ley respecto de la intervención judicial.

Así, el inciso 1 del artículo 3 establece: «1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga». En consecuencia, del texto de la norma se desprende que, en lo que respecta a la actividad judicial vinculada a un proceso arbitral, nuestros jueces sólo podrán realizar aquello que se encuentre autorizado por la LA.

En esta línea tenemos que la LA ha autorizado el control judicial de oficio de la validez del laudo, cuando la materia no es arbitrable o afecta el orden público, pero únicamente en un caso concreto: en la

²⁷ CAIVANO, Roque. *El Arbitraje*. [...], p. 241.

²⁸ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Ob. cit.*, p. 207.

revisión posterior que puede realizar el Poder Judicial al resolver el recurso de anulación.

Específicamente, los incisos 3 y 6 del artículo 63 de la LA, determinan que estos aspectos pueden ser invocados por el juez —en este caso, por la Corte Superior— para declarar inválido el laudo, aun cuando la parte impugnante no los haya propuesto como causal de anulación.

En consecuencia, el juez sólo podrá actuar de oficio en el supuesto mencionado, mas no está autorizado a rechazar la ejecución del laudo invocando la afectación al orden público o el carácter no arbitrable de la materia resuelta.

2.4. Sobre el procedimiento de ejecución judicial del laudo

Veamos ahora aspectos puntuales del procedimiento aplicable a la ejecución del laudo arbitral por parte del órgano jurisdiccional.

Un primer punto, es dejar claro que nuestros jueces deberán aplicar la LA, en todos los casos en los que las disposiciones previstas en el Código Procesal Civil (en adelante, CPC) para el proceso de ejecución (nos referimos al Proceso Único de Ejecución), sean incompatibles con lo regulado en el ordenamiento arbitral.

Así, la Décima Disposición Complementaria de la LA ha previsto expresamente que, en caso de conflictos normativos —esto es, cuando la misma materia está regulada de manera distinta e incompatible en dos ordenamientos—, sus disposiciones priman sobre aquéllas contenidas en el CPC.

Por lo indicado, los jueces deberán aplicar el procedimiento previsto para la ejecución de laudos en el artículo 68 de la LA,²⁹ y sólo en aquello

²⁹ Artículo 68.- «Ejecución judicial

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, inter-

no regulado, podrán aplicar los aspectos del procedimiento de ejecución contemplados en el CPC; sin embargo, si alguna disposición de este cuerpo legal, contraría la normatividad arbitral, no podrá ser aplicada.

Veamos entonces, cómo se encuentra regulado el procedimiento de ejecución judicial de los laudos en la LA, advirtiendo las modificaciones incorporadas, así como las particularidades propias, en relación a lo previsto en el Proceso Único de Ejecución regulado en el CPC.

Título ejecutivo: La LA establece que una vez notificado el laudo, y de ser el caso, las resoluciones que lo interpretan, rectifican, integran o excluyen, es ejecutable, con lo cual prevé la ejecución del laudo arbitral, aun cuando no sea firme, pues —como sabemos— existe la posibilidad de solicitar su revisión en la vía judicial, a través del recurso de anulación.

Como mencionamos previamente, en este tema, se presenta una diferencia importante en relación a lo que se encontraba previsto en la LGA. Dicha norma disponía que la sola interposición del recurso de anulación, suspendía la ejecución del laudo, por lo que éste solo tenía la calidad de título ejecutivo, cuando había adquirido la calidad de firme, sea por consentido o ejecutoriado.

-
- pretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuadas por el tribunal arbitral.
2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días siguientes, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
 3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.
 4. La autoridad judicial esta prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo».

Ahora bien, el CPC (artículo 688) ha regulado el denominado Proceso Único de Ejecución, el cual se inicia en mérito de determinados instrumentos a los que les ha atribuido la calidad de título ejecutivo, entre ellos tenemos los «laudos judiciales firmes».³⁰

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la LA entró en vigencia con posterioridad al Decreto Legislativo n.º 1069, norma que modificó el CPC en materia comercial, ello implicaría —en nuestra opinión— que esta disposición, en el extremo que establece que los laudos que constituyen títulos ejecutivos son aquellos que tienen la calidad de «firmes», habría sido modificada por la norma posterior y especial en materia arbitral, en tanto contiene una regulación incompatible, y en ese supuesto, las disposiciones procesales de la LA, priman sobre cualquier otro ordenamiento.

Competencia: El inciso 3 del artículo 8 de la LA ha dispuesto que la competencia por la materia corresponderá al juez especializado en lo comercial o en su defecto —de no haberlo— al juez civil, y en función al territorio, será competente el juez del lugar del arbitraje (sede del Tribunal) o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.

Cabe señalar que con la legislación anterior, la competencia para conocer este tipo de procesos era la del juez comercial, pero solo del lugar de la sede del arbitraje.

El CPC (artículo 690-B)³¹ señala, en cambio, que son los jueces especializados en lo civil, o los jueces de paz letrados —dependiendo

³⁰ Artículo 688.- «Títulos ejecutivos.

Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial, según sea el caso. Son título ejecutivos los siguientes:

1. Las resoluciones judiciales firmes;
2. Los laudos arbitrales firmes;
3. Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley;

[...].».

³¹ Artículo 690-B.- «Competencia

Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza

de la cuantía de lo pretendido— los competentes para conocer del Proceso Único de Ejecución, por lo que nos encontramos frente a una disposición procesal que resulta inaplicable para efectos de la ejecución judicial de un laudo arbitral.

Contradictorio: La LA ha establecido en su artículo 68 que el derecho de contradicción al mandato de ejecución (al que denomina oposición) sólo podrá ejercerse en la medida que se invoque: i) El cumplimiento de lo ordenado en el Laudo; o ii) haberse interpuesto recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial, otorgándose la «garantía de cumplimiento» que permite suspender sus efectos, hasta que el laudo quede firme.

En definitiva, esta regulación es bastante más precisa que aquélla contenida en la LGA, que establecía que se podían admitir oposiciones basadas en la interposición de los recursos de apelación o de anulación ante el Poder Judicial —en cuyo caso se suspendía la ejecución—, o en «razones de cumplimiento», con lo cual el margen de las oposiciones era sumamente amplio,³² entorpeciendo con ello el sentido de este proceso.

Por otro lado, el CPC (artículo 690-D)³³ dispone que, la contradicción para títulos ejecutivos distintos a los judiciales, podrá fundarse

extrajudicial el Juez Civil y el de Paz Letrado. El Juez de Paz Letrado es competente cuando la cuantía de la pretensión no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal. Las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del Juez Civil.

[...].».

³² Artículo 84.- «El laudo se ejecutará como una sentencia, sin admitir otra oposición que la que se fundamenta acreditando documentalmente la interposición y pendencia de la apelación ante una segunda instancia arbitral o de la apelación o anulación ante el Poder Judicial, en cuyo caso el Juez suspenderá la ejecución. El juez, bajo responsabilidad, sin trámite alguno, declarará improcedente de plano cualquier oposición, basada en razones distintas al cumplimiento».

³³ Artículo 690-D.- «Contradicción.

Dentro de cinco días de notificado el mandato ejecutivo, el ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas.

en: i) Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; ii) nulidad formal o falsead del título; y iii) extinción de la obligación exigida.

Como podemos advertir, la segunda causal de contradicción no es aplicable a los procesos de ejecución de laudo, pues para ello se ha previsto la revisión judicial a través del recurso de anulación.

Impugnación: El inciso 3 del artículo 86 de la LA, establece que la decisión que declara infundada una oposición al mandato de ejecución de laudo, y que, en consecuencia, manda continuar con su ejecución forzada, no es impugnabile, habiéndose prohibido al juez toda posibilidad de conceder algún tipo de recurso que pueda dilatar o entorpecer la ejecución.

Sólo cabe impugnación —vía apelación— cuando se declare fundada la oposición, esto es, cuando la decisión judicial es por no continuar con la ejecución, sea porque la obligación contenida en el laudo ha sido cumplida, o porque se ha demostrado la interposición de recurso de anulación contra el laudo, habiéndose además suspendido su eficacia con la garantía de cumplimiento correspondiente.

En este punto, la LA ha incorporado cambios transcendentales respecto de lo que contemplaba la LGA. En efecto, la norma derogada, en

En el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibile. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia.

La contradicción sólo podrá fundarse según la naturaleza del título en:

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título; [...]
3. La extinción de la obligación exigida.

Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, sólo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental,

La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo».

el ánimo de garantizar la eficacia y celeridad en la ejecución, disponía en su artículo 86³⁴ que todos los autos expedidos en el proceso de ejecución, no era susceptibles de impugnación alguna.

De este modo, la norma era tan clara como absurda, pues en los casos en los que no se amparaba la contradicción, con lo cual no había lugar a la ejecución del laudo, tampoco se podía impugnar, lo que nos llevaba al despropósito de encontrarnos frente a un mandato arbitral que, si bien era firme, obligatorio e inmutable, también era perfectamente inútil, en tanto no tenía posibilidad alguna de hacerse efectivo, lo que afectaba el derecho a la tutela jurisdiccional y determinaba la inconstitucionalidad de la norma.

En nuestra opinión, esta limitación a la capacidad impugnatoria, al extremo en el que se encontraba prevista en la LGA, vulneraba el debido proceso, lo que determinaba que algunos jueces —haciendo uso del control difuso de la constitucionalidad de las leyes— optaran por no aplicarla y conceder impugnaciones contra las decisiones emitidas en ejecución, invocando para ello la garantía de la doble instancia prevista en nuestra Constitución.

Sin embargo, la falta de criterios jurisdiccionales uniformes respecto de la aplicación o no de la norma, determinó la ausencia de previsibilidad sobre este tema, por lo que la duración de los procesos de ejecución de laudo era tan incierta como el trámite que tendría.

Con la LA, la capacidad impugnatoria, ha sido restringida (a los casos en los que se declare fundada la oposición) más no eliminada, sin embargo, existen problemas en la aplicación práctica de la norma, que requieren algún tipo de solución normativa, o de pleno jurisdiccional que determine su correcta aplicación:

³⁴ Artículo 86.- «Los autos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Está prohibido al juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva».

Así tenemos, los siguientes:

- La ejecución de laudos en el extremo referido al pago de costas y costos.

Suele ocurrir que los laudos arbitrales ordenan el pago de costas y costos, sin embargo éstos no son liquidados en la vía arbitral, de este modo, la decisión arbitral recae sobre el concepto («costas y costos») más no sobre un monto específico.

Ello determina que sea el Órgano Jurisdiccional que tiene a su cargo la ejecución del laudo, quien deba aprobar la liquidación correspondiente, para luego disponer su pago. Ahora bien, es frecuente que las partes no estén conformes con el monto fijado judicialmente por este concepto, por lo que surge la pregunta de si el auto que aprueba la liquidación de costas y costos puede ser o no impugnado, más aún si tenemos en cuenta que la impugnación también podría entorpecer la ejecución laudo, con lo cual la autoridad judicial se encuentra prohibida de concederla.

En nuestra opinión, es claro que existe un vacío en este extremo de la LA, por lo indicado consideramos que una opción legalmente válida, sería que nuestros jueces concedan la apelación que puede ser interpuesta tanto por el ejecutante como por el ejecutado, sin efecto suspensivo,³⁵ de modo que sin perjuicio de que este recurso sea resuelto por el superior jerárquico, la resolución tiene eficacia y se ejecuta. De este modo, se protege el derecho de las partes a

³⁵ El CPC regula los efectos del recurso de apelación en estos términos:

Artículo 368.- «Efectos

El recurso de apelación se concede:

1. Con efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que orden se cumpla lo dispuesto por el superior. [...]
2. Sin efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de ésta. [...]

una doble instancia sobre un tema que no fue objeto de decisión arbitral, y por otro lado, no se dilata ni entorpece la ejecución de laudo, que es lo que prohíbe la LA.

Otra alternativa para solucionar este tema, sería que cuando se remita el laudo al Poder Judicial para ser ejecutado, se adjunte además la resolución arbitral que liquida el monto a ser pagado por concepto de costas y costos, y que será materia de ejecución forzada; sin embargo, siendo esta decisión arbitral un acto de ejecución, requerirá de un tribunal arbitral facultado por las partes para ello.

- La necesidad de que se dicten decisiones complementarias para ejecutar el laudo arbitral.

No cabe duda de que los supuestos que se presentan en la realidad, trascienden a la capacidad de previsión del legislador, por ello, puede ocurrir que la decisión arbitral tenga un contenido que, si bien no puede ser materia de modificación por el Poder Judicial, requiera de la adopción de medidas complementarias para una adecuada ejecución.

Así por ejemplo, puede haberse ordenado la demolición de un bien, sin embargo, para la ejecución del mandato arbitral será necesario que se tomen una serie de medidas que garanticen no sólo una ejecución eficaz sino además segura, en la medida de que no cause otro tipo de daños. Por ejemplo, podría ser necesario que previamente un perito verifique cómo corresponde llevar adelante la ejecución forzada.

Otro caso se podría presentar si el mandato arbitral ordena la desocupación de un inmueble cuya identificación obra en una memoria descriptiva que señala: «Inmueble con un área total de 250 hectáreas, ubicado en el Sector xxx, distrito de xxx, Provincia y departamento de Lima, avanzando por la carretera Panamericana Sur, al lado izquierdo de la vía, dejando una separación de 50 metros, del kilómetro 40-42.50».

Evidentemente, el conocimiento del derecho que se presume en el juez no le permite conocer con exactitud el área sobre la que recae el mandato arbitral, y respecto de la cual debe ordenar medidas de ejecución forzada, por lo indicado, es claro que requiere dictar medias previas para la ejecución del laudo.

En nuestra opinión, en ningún caso podría entenderse que estas medidas se encuentran prohibidas por la LA, pues no se trata de actos que entorpecen la ejecución, sino todo lo contrario, son imprescindibles para llevarla adelante, más aún si tenemos en cuenta que la responsabilidad por los daños que pudieran irrogarse a terceros, recaerá sobre el juez y no sobre el tribunal arbitral.

Finalmente, y para concluir con el análisis, debemos señalar que la regulación prevista en materia de impugnación en el CPC (artículo 691), no resulta aplicable a los procesos de ejecución de laudos, en tanto difiere sustancialmente de la legislación arbitral. Así, por ejemplo, el CPC dispone que el auto que resuelve la contradicción al mandato de ejecución, es apelable y este recurso será concedido con efecto suspensivo, lo que implica que la decisión impugnada no se ejecutará hasta que sea revisada por el superior jerárquico.³⁶

2.5. Sobre la posibilidad de ejecutar laudos parciales

Nuestra LA ha previsto en el artículo 6 que cuando dicho Decreto Legislativo «(s)e refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo par-

³⁶ Artículo 691.- «Auto y apelación.

El plazo para interponer apelación contra el auto, que resuelve las contradicciones de tres días contados, desde el día siguiente a su notificación. El auto que resuelve la contradicción, poniendo fin al proceso único de ejecución es apelable con efecto suspensivo.

En todos los casos que en este Título se conceda apelación con efecto suspensivo, es de aplicación el trámite previsto en el artículo 376. Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 en lo referente a su trámite».

cial como el que resuelve de manera definitiva la controversia», asimismo el artículo 54 dispone que: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios». Así el legislador nacional, ha contemplando la posibilidad de emitir laudos parciales, en el ánimo de dotar al procedimiento arbitral de una flexibilidad que estimamos saludable.³⁷

Ahora bien, pese a lo mencionado en el punto precedente, la LA no contiene disposiciones específicas respecto de la oportunidad de impugnación y de ejecución de los laudos parciales, limitándose a precisar el plazo para la interposición del recurso de anulación contra «el laudo» y a establecer que en los casos en los que el tribunal arbitral no cuente con potestad de ejecución, la parte interesada podrá solicitar al Poder Judicial la ejecución de «el laudo»,³⁸ sin hacer alusión a la posibilidad de que se impugnen o ejecuten laudos parciales.

³⁷ La posibilidad de emitir laudos parciales, ha sido recogida en diversas legislaciones arbitrales, como es el caso de la Ley de Arbitraje española que establece que, salvo acuerdo de las partes, los árbitros pueden resolver la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios. La legislación brasileña también contempla la posibilidad de que se emitan laudos parciales, pero, a diferencia de lo regulado en España, establece que esta opción está sujeta a la previa autorización de las partes.

³⁸ Artículo 59.- «Efectos del laudo

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
[...]
2. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días renotificada con el laudo, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones, y exclusiones del laudo, cuando corresponda, la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67».

Artículo 62.- «Recurso de anulación.

1. Contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. [...]».

No obstante, conviene preguntarnos si ello significa que la posibilidad de impugnar o ejecutar un laudo, solo puede darse una vez que se haya resuelto toda la controversia sometida a arbitraje, lo que ocurrirá con la conclusión del procedimiento arbitral, entendiéndose que «el laudo» puede estar conformado por la suma de laudos parciales.

Al respecto, no existe una posición pacífica en la doctrina ni en la legislación arbitral comparada; no obstante, debemos admitir que de alguna manera la posición antes referida, es la que predomina en nuestro país.³⁹

Sin embargo, consideramos pertinente detenernos en el tema, y analizar en qué casos es posible emitir un laudo parcial.

Un laudo parcial, en sentido amplio, es el que resuelve una parte de la materia controvertida sometida a decisión del tribunal, decidiendo sobre alguna de las pretensiones de la demanda, o sobre algún aspecto de forma que podría poner fin al proceso, como es el caso de la competencia arbitral, inexistencia del convenio arbitral o el carácter arbitrable de la materia propuesta.

[...]

Artículo 67.- «Ejecución arbitral.

1. A solicitud de parte, el tribunal está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones [...]».

Artículo 68.- «Ejecución judicial

La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste [...]».

³⁹ Así, por ejemplo, Pérez Rosas-Pons y Molero Rentería, se pronuncian al respecto indicando: «[...] A efectos de no vulnerar el derecho de defensa de la parte impugnante, consideramos necesario precisar que el Juez deberá dejar en suspenso la tramitación del recurso interpuesto, hasta que el Tribunal Arbitral emita pronunciamiento respecto de las controversias subsistentes al momento de la interposición del recurso de anulación parcial».

PÉREZ ROSAS-PONS, Juan José y ALBERTO MOLERO RENTERÍA. «¿Lo Anulamos o no lo Anulamos? Reflexiones acerca de la Anulación de un Laudo Parcial». En *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación SERVILEX*. Estudio Chabaneix y Asociados.

Regularmente, se utiliza esta institución en la medida de que el órgano arbitral aprecie que la definición de un tema previo podría evitar la continuación inútil del proceso, así como el gasto que significará la realización de actividad procesal —por ejemplo, probatoria— sobre aspectos que no llegarán a ser materia de análisis y pronunciamiento del tribunal arbitral. Éste es el caso de los procesos en los se plantean diferentes pretensiones, algunas con carácter de principal y otras accesorias o condicionadas a la primera, y que por ende requieren de un pronunciamiento previo respecto de aquélla denominada principal.

Evidentemente, también resulta de suma utilidad, cuando la materia sometida a arbitraje plantea distintas controversias originadas en una misma relación jurídica, pero que tienen independencia entre sí (por ejemplo, el cumplimiento de diferentes obligaciones contractuales), de este modo se obliga a los árbitros y a las partes, a enfocar el debate en un tema específico, dejando para el momento oportuno —y sólo en la medida que sea necesario— la discusión y decisión sobre las consecuencias de lo que vengan a disponer.

Así, un supuesto típico en el que cabría un laudo parcial sobre el fondo sería el proceso en el que se ha solicitado como pretensión principal que se defina si un contrato estuvo bien o mal resuelto, y como pretensiones condicionales a la anterior, que se ordene una indemnización por los daños ocasionados por la indebida resolución.

En este caso, la materia sometida a arbitraje encierra varios aspectos que pueden ser definidos de manera previa y a través de sendos laudos parciales, por ejemplo, podrá emitirse un laudo parcial sobre la validez de la resolución de contrato, de modo que sólo se continuará con el proceso y con el pronunciamiento respecto de las demás pretensiones, si se establece que dicho acto no es válido.

De determinarse que el contrato estuvo mal resuelto, entonces el proceso continuará respecto de la pretensión indemnizatoria, pu-

diendo emitirse incluso un laudo parcial respecto de si existe o no responsabilidad, para luego —y de ser el caso— continuar el arbitraje respecto de la determinación del *quantum* de la indemnización.

Ahora bien, habiendo precisado qué es un laudo parcial y cuál es su utilidad, veamos si éste es pasible de ser ejecutado una vez emitido. Al respecto, el artículo 59 de la LA dispone claramente «todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación». (Subrayado agregado).

El texto es claro, en consecuencia, los laudos parciales, aun cuando versan sobre aspectos específicos de la materia sometida a arbitraje, tienen la calidad de definitivos; sin embargo, debemos admitir que el artículo 6 de la LA, cuyo propósito es determinar las reglas para la interpretación de la ley, no precisamente contribuye a reafirmar la claridad de la norma transcrita en el párrafo precedente.

En efecto, el artículo 6 señala que el término «laudo» significa tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia, con lo cual puede llevar a algún lector poco cuidadoso a entender que los laudos parciales no tienen la calidad de definitivos, lo que no es exacto.

Para definir el sentido de la norma, debemos interpretar sus alcances —lo que resulta curioso si tenemos en cuenta que es el artículo 6 el que proporciona las «reglas de interpretación» de la ley— recurriendo al método de la interpretación sistemática.

Así, el artículo 60 de la LA, que regula la terminación de las actuaciones arbitrales, dispone: «1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia».

En nuestra opinión, es claro que cuando el artículo 6 menciona el término «laudo definitivo», lo hace para referirse a aquél que conclu-

ye la actividad arbitral, de modo que la controversia queda íntegra o definitivamente resuelta, pues luego no habrá algún pronunciamiento adicional sobre el fondo, mas no para hacer el distingo en el sentido de que existen laudos definitivos y otros que no lo son.

Habiendo llegado a esta conclusión, la pregunta que se suscita es ¿pueden los laudos parciales ser ejecutados, tan pronto son notificados, en el supuesto de que contengan un mandato de condena?

Permitida la emisión de laudos parciales, y no existiendo una limitación al respecto en nuestra legislación, cabría la aplicación del principio jurídico «no cabe distinguir donde la ley no distingue», más aún si la norma que regula los efectos del laudo establece que todos los laudos son definitivos y de obligatorio cumplimiento desde su notificación, por lo que si hubiese querido diferir la posibilidad de impugnación y de ejecución de los laudos parciales, tendría que haberlo señalado expresa y claramente.

Lo mencionado anteriormente se ratifica, en nuestra opinión, con lo dispuesto por la LA respecto a la ejecución arbitral, al señalar en el artículo 67 que: «A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento». En efecto, carecería de sentido la redacción en plural («sus laudos»), si la posición del legislador hubiese sido que todos los laudos parciales integran una sola decisión final que es el laudo que será ejecutado al concluir el proceso arbitral.

En conclusión, consideramos que los laudos parciales, no sólo son eficaces y obligatorios desde su notificación a las partes, sino que son pasibles de ejecución judicial si el mandato arbitral lo amerita y la parte obligada a darle cumplimiento, no lo hace en el lapso de quince (15) días desde su notificación, previsto en el artículo 59 de la LA.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La jurisdicción de los árbitros concluye con la emisión del laudo arbitral o de las resoluciones que lo interpretan, rectifican, integran o excluyen, en la medida de que las partes no les hayan atribuido potestad de ejecución.
- 3.2. Las partes pueden otorgar a los árbitros facultades de ejecución, en este último caso, siempre que éstas no impliquen el ejercicio directo de la fuerza pública.
- 3.3. Proponemos que en los casos en los que las partes confieran la potestad de ejecución a los árbitros, éstos puedan llevar adelante esta etapa, dictando incluso las medidas destinadas al cumplimiento forzado de lo ordenado, debiendo oficiar al juez para que éste preste el *imperium* que le faculta al uso de la fuerza, potestad reservada de manera exclusiva y excluyente, al Estado.
- 3.4. En los casos de la ejecución judicial del laudo, nuestros jueces realizan una labor de carácter estrictamente complementario, por lo que su actuación se rige y limita por lo dispuesto en la LA.

En consecuencia, aspectos como la limitación de las causales de contradicción del mandato de ejecución, así como el carácter inimpugnable de la decisión que ordena se proceda a la ejecución forzada del laudo arbitral, deben ser lineamientos esenciales a respetar, para evitar su desnaturalización.

- 3.5. La impugnación de un laudo arbitral, a través del recurso de anulación no suspende la ejecución, por sí misma, siendo imprescindible para ello una decisión de la Corte Superior (órgano que conoce del procedimiento de impugnación) que así lo determine previo otorgamiento de la garantía de cumplimiento (carta fianza bancaria por el monto materia de ejecución o aquél dispuesto en el laudo o en la resolución judicial). Por lo indicado, los laudos arbitrales son ejecutables, aun cuando no tengan la calidad de firmes.

- 3.6. En los casos de laudos parciales estimamos que no existe restricción legal alguna que impida que pueden ser ejecutados una vez notificados, aun cuando el proceso arbitral continúe en trámite. Evidentemente, ello no obsta a que las partes puedan acordar una limitación al respecto.

15.

ROL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES EN EL PERÚ

Silvia Rodríguez Vásquez

ROL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES EN EL PERÚ

*Silvia Rodríguez Vásquez**

Al hablar de instituciones arbitrales nos remitimos necesariamente a lo que comúnmente en doctrina se llama «arbitraje institucionalizado». Sólo a modo de recordatorio, el arbitraje institucionalizado es aquél que se encomienda a un centro de arbitraje, debido a su prestigio y a la confianza que han puesto las partes en él, para que organice y administre un proceso arbitral. Tres son las funciones básicas que diversos estudiosos, como Almagro Nosete y José María Roca Martínez le otorgan a este tipo de instituciones: designar a los árbitros y resolver cualquier controversia planteada en relación a su participación, proveer de reglas al proceso, así como facilitar los medios necesarios para ejecutar el fin encomendado de dar una solución final a la controversia.

La existencia de las instituciones arbitrales es reconocida como un signo de avance de la institucionalización del arbitraje, como un medio adecuado para resolver controversias. Diversos autores así lo reconocen. Por ejemplo, el propio José María Roca Martínez, en su obra «Arbitraje e instituciones arbitrales», que data del año 1992, señaló en ese momento que se había depositado grandes esperanzas en el arbitraje institucional augurando que se configuraría como alternativa eficaz a la resolución de conflictos intersubjetivos.

* Secretaria General de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A pesar de esta expectativa, nuestra anterior norma reguló a las instituciones arbitrales de manera muy simple indicando únicamente en su artículo 6, que las instituciones arbitrales debían constituirse necesariamente como una persona jurídica, regulación precisada en su Tercera Disposición Complementaria y Transitoria. Asimismo, indicó que la institución arbitral estaba facultada para nombrar a los árbitros, así como para establecer el procedimiento y las demás reglas a las que se sometería el arbitraje, conforme a su reglamento arbitral.

Los resultados de dicha regulación, vigente a lo largo de doce años, los podemos observar al revisar la Consultoría «Investigación sobre el desarrollo y difusión del arbitraje en el Perú», efectuada a nivel nacional por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el año 2007, con recursos del Banco Mundial, en la que se advierte que las instituciones arbitrales tienen a su cargo menos de la tercera parte de los arbitrajes que se tramitan en el medio, siendo el arbitraje *ad-hoc*, aquél llevado de manera directa por los árbitros, los que se encontraban avanzando en su crecimiento con mayor rapidez. De la misma opinión es el doctor Fernando Cantuarias, quien ha señalado que por cada tres arbitrajes *ad-hoc*, existe un arbitraje institucionalizado.

Sin desmerecer la calidad y seriedad de los arbitrajes *ad-hoc*, muchos de los cuales son tramitados ante árbitros con una solvencia ética y profesional indiscutible, sí debemos considerar lo opinado por la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas — CONFIEP—, la que publicó en el año 2008 su «Agenda Pendiente de Reformas en el Perú: Resolución de Conflictos», en la que textualmente indicó «Aunque la oferta de Centros de Arbitraje ha crecido, sigue siendo insuficiente, [...] existe la percepción de que se han desarrollado más los arbitrajes *ad-hoc*, que todavía llegan a un sector muy pequeño de empresas. [...] Sería mejor fortalecer el sistema de arbitrajes institucionales, más fáciles de generalizar».

Hay entonces un especial interés y una necesidad de lograr el desarrollo del arbitraje institucionalizado en el país.

¿Por qué existe ese interés en fortalecer a las instituciones arbitrales? Desde mi punto de vista, la razón de ello, precisamente, recae en el rol que las instituciones arbitrales cumplen en el medio arbitral.

Podemos distinguir hasta siete roles que las instituciones arbitrales cumplen:

1. De regulación: Éste es el rol más conocido que cumplen las instituciones arbitrales, y es que una de las características de éstas es el poseer un reglamento de arbitraje que permitirá a las partes conocer previamente las normas y reglas que tendrá su proceso, teniendo más posibilidades de prever posibles contingencias, o regular de manera particular alguna situación que consideren no adecuada para su caso en particular.
2. De organización: Asimismo, otro rol muy importante y conocido de las instituciones arbitrales es el proporcionar toda la organización para el normal desarrollo del arbitraje, lo que incluye la infraestructura a ser utilizada en el transcurso del proceso arbitral (local arbitral para sede y audiencias, así como estacionamientos asequibles para los intervinientes en el proceso), la logística a ser utilizada (computadoras, impresoras) y el personal de atención durante todo el proceso arbitral. Todo ello tiene que ser cumplido con la misma rigurosidad ya sea que se trate de un proceso arbitral donde interviene un número mínimo de personas o sea se trate de un número mayor.
3. De gestión: Este rol es inherente al quehacer de un Centro de Arbitraje y está referido a toda la actividad necesaria para que el arbitraje se desarrolle de una manera eficiente y eficaz. No sólo incluye la interacción con las partes, a través de la recepción de escritos y su correspondiente tramitación, notificaciones y atención directa de diversos pedidos de las partes o sus abogados, sino que incluye también la interacción con los árbitros, descargándolos de todos los trámites administrativos que conlleva el proceso arbitral

y apoyándolos en su labor, en la medida que no signifique reemplazarlos en las decisiones que en éste se emitan.

4. De control: Ciertamente la ventaja que tiene el tramitar un proceso arbitral ante un Centro de Arbitraje, es la posibilidad de que exista un mayor control en cuanto a la actuación de los árbitros, pudiendo resolverse las recusaciones que las partes presenten a través de un órgano de máxima jerarquía. El control se extiende a las actuaciones arbitrales e incluso puede llegar a efectuarse en el caso de los gastos arbitrales. No debe entenderse este tipo de control como pérdida de la autonomía de los árbitros sobre el proceso arbitral, sino como el hecho necesario de velar por la aplicación correcta de las reglas estipuladas por la institución.
5. De garantía: El proceso arbitral y el laudo que se emita, se encuentra respaldados por la institución arbitral que ha organizado y administrado el arbitraje. De esta manera, el hecho de que un arbitraje se haya tramitado ante una institución arbitral de reconocida imparcialidad y ética, genera una mayor confianza que, por ejemplo, en determinados arbitrajes *ad-hoc*, en los que aunque no existe ningún signo que evidencie parcialidad, la parte vencida tendrá la posibilidad de sembrar la duda sobre la transparencia del proceso.
6. De proporcionar información estadística: Los Centros de Arbitraje constituyen una fuente certera de información estadística, la que es publicada por algunas entidades para conocimiento del público en general. Este tipo de información es necesaria para conocer los tipos de arbitraje existentes en nuestro país, las cuantías que se vienen discutiendo, el nombre de aquellos profesionales que se desempeñan como árbitros, la cantidad de laudos anulados, así como otros temas de interés. Todos estos datos colaboran directamente con futuros cambios que pueden existir en la norma.
7. De difusión del arbitraje: En la actualidad es uno de los roles más activos que vienen cumpliendo muchos Centros de Arbitraje. La

realización de diversos eventos contribuye a que el arbitraje sea conocido por la comunidad jurídica y por todos aquéllos interesados en utilizar este mecanismo. En estos espacios se pueden generar debates sobre la normativa y los avances que en materia arbitral se puedan tener, pudiendo propiciarse los cambios necesarios para lograr una óptima legislación arbitral. No hay que olvidar que en estos eventos muchos expertos internacionales nos hacen conocer de los avances que en su propia legislación existen o la experiencia de la aplicación de ella en sus países, lo que nos permite reflexionar sobre la conveniencia de los cambios y adaptarlos a nuestra realidad.

Después de haber revisado, los roles que cumplen las instituciones arbitrales en el Perú, se hace necesario analizar si la actual norma de arbitraje, el Decreto Legislativo n.º 1071, propugna o propicia el surgimiento o crecimiento de las instituciones arbitrales y si de alguna manera las fortalece.

La nueva Ley de Arbitraje regula a las instituciones arbitrales en su artículo 7, al calificar los tipos de arbitraje que pueden existir, pudiendo ser *ad-hoc* o institucional. De esta manera, en el segundo numeral de dicho artículo, se indica que las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Una primera conclusión de esta norma, es que se ha optado por evitar que cualquier persona instale un centro de arbitraje sin un mínimo de formalidad. El constituirse como una persona jurídica supone la plena certeza de las partes de que el Centro asumirá las responsabilidades por el servicio que brinda y esto, a su vez, lleva a generar confianza y garantía en la institución arbitral.

No obstante ello, la norma no exige mayor requisito aparte del de constituirse, no importando, por ejemplo, la existencia de un mínimo de capital en caso de tratarse de personas jurídicas con fines de lucro.

Cabrían aquí algunas preguntas para reflexionar en torno a esta norma: ¿Existirá alguna sanción para un Centro que no ha sido cons-

tituido como una persona jurídica o para sus representantes?, ¿El proceso de arbitraje y, por ende, el laudo que se emita en dicho Centro, tendrá validez? Más aún, ¿qué sucede si la voluntad de las partes es llevar las posibles y futuras controversias de un contrato ante un Centro que no ha sido constituido como una persona jurídica? La norma no dice nada al respecto, no estipulándose sanción alguna al Centro, a los representantes, a las partes o al propio proceso.

Siendo ello así, el segundo numeral del artículo 7 de la Ley de Arbitraje es un buen desear, mas no es un imperativo. No existe ninguna consecuencia jurídica aplicable a la falta de cumplimiento de los requisitos que deben tener los centros de arbitraje constituidos en el país.

Y es que si tenemos en cuenta que los arbitrajes *ad-hoc* no necesitan ninguna exigencia para conducir procesos arbitrales totalmente válidos, podría decirse entonces que la lógica de no otorgar ninguna sanción a las instituciones arbitrales no constituidas como personas jurídicas, tiene sentido. Sin embargo, como se indicó hace un momento, el hecho de darle una formalidad a un Centro de Arbitraje a través de la constitución como persona jurídica, es un avance hacia la asunción de responsabilidades que podría darse, por ejemplo, como consecuencia de la designación o recusación de un árbitro.

Con este análisis podemos decir que esta norma no contribuye en manera alguna al fortalecimiento o al crecimiento de las instituciones arbitrales formales.

Por otro lado, el numeral dos del artículo 7, contiene una segunda parte, que marca por primera vez en nuestra legislación, una diferencia entre los Centros de Arbitraje constituidos por privados y aquéllos que deben su creación a la decisión del Estado.

Para estos casos, tales como OSITRAN, OSIPTEL, OSCE, SEPS, entre otros, se requiere estar inscrito ante el Ministerio de Justicia. Mediante Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS de 28 de noviembre de

2008, se creó el Registro de Instituciones Arbitrales para las Instituciones Públicas a cargo de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Medios Alternativos de Solución de Conflictos de ese Ministerio.

Si bien esta norma puede ser conveniente con el objeto de contar con un registro de instituciones arbitrales públicas, su creación no tiene como fin dotar de formalidad sus actuaciones, ya que es evidente que estas instituciones públicas tienen una organización establecida con funciones y reglamentos conocidos por el público en general. Una vez más podemos concluir que esta segunda parte tampoco contribuye al fortalecimiento de las instituciones arbitrales.

Pasando al análisis del numeral tres del artículo 7, advertimos que éste establece un cambio, acorde con la lógica del Decreto Legislativo n.º 1071, con el objeto de evitar la participación del Poder Judicial. Así, se establece como regla general que, a falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad-hoc*.

Pero, esta regla se extiende también a aquellos supuestos donde, a pesar de que las partes han deseado que una institución arbitral sea la competente para conducir el proceso, no queda clara su competencia por diversos motivos (como por ejemplo, existencia de incompatibilidad o contradicción de competencia entre dos o más instituciones, referencia a alguna institución arbitral inexistente o que la institución arbitral no acepte el encargo por los motivos que le permita su Reglamento).

De no existir esta regla, todos estos casos serían derivados al Poder Judicial, supuesto que devendría en una debilidad del sistema arbitral peruano. No podemos desconocer que lo aquí normado supone una ventaja para el fortalecimiento del arbitraje en sí, pero no para el fortalecimiento del arbitraje institucionalizado. Si bien esos casos son mínimos, considero que debió realizarse una propuesta más cercana para atender la voluntad de las partes de asistir a una institución arbitral y no a un arbitraje *ad-hoc*.

Otra referencia directa que hace la Ley de Arbitraje a las instituciones arbitrales se encuentra ubicada en el artículo 61, al indicar que cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral, finalizado el proceso, la remisión del expediente arbitral a las instituciones arbitrales que ofrezcan servicios de conservación y archivo de actuaciones arbitrales, tratándose obviamente de un proceso arbitral *ad-hoc*.

Resulta interesante que los Centros de Arbitraje puedan colaborar en ese sentido con los árbitros *ad-hoc* y con las partes que eligieron este tipo de arbitraje. Si bien este servicio debe incluir la confidencialidad de las actuaciones arbitrales encomendadas, nada obsta que los Centros de Arbitraje hagan un estudio de los actuados arbitrales que se le encomienden e ingresarlo a sus estadísticas. Esto ayudaría a tener un conocimiento más aproximado sobre el número de casos arbitrales tramitados en nuestro país. En vista de las ventajas que se advierten, el Centro de Arbitraje PUCP ha decidido implementar este servicio.

Podemos decir que este artículo sin referencia alguna anterior en nuestra legislación, otorga una función distinta a las previstas para las instituciones arbitrales, pero podría contribuir de alguna manera, en la participación más activa de los Centros de Arbitraje en el servicio arbitral, aunque de manera restringida.

Asimismo, la segunda disposición complementaria de la Ley de Arbitraje permite que las instituciones arbitrales puedan celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de tribunales arbitrales. Ésta también es una novedad que permite a los Centros de Arbitraje diferenciarse de los arbitrajes *ad-hoc*, otorgándoles una ventaja comparativa. Gracias a esta norma, por ejemplo, un Centro de Arbitraje podría celebrar un convenio con la Superintendencia Nacional de Registros Públicos y poder permitirle registrar las firmas de los árbitros que pertenecen a dicho Centro y facilitar la inscripción de una medida cautelar o tal vez celebrar un

convenio con el Poder Judicial para la ejecución de los laudos que se emitan en el Centro. Efectivamente, éste es un primer avance.

Por último, la norma contiene en su Primera Disposición Final la declaración de interés nacional del acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos, indicando, además, que se promoverá la creación de instituciones arbitrales. En este marco, el Ministerio de Justicia implementó el Programa Arbitraje Popular, publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 28 de noviembre del año pasado a través del Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS, denominado así por la cuantía y tipo de casos que en éstos se podrían tramitar.

Vale agregar que dentro del programa implementado, se facilita a los interesados, modelos de constitución tipo de una asociación dedicada a labores arbitrales, así como un modelo de Estatuto del Centro, de Reglamento de Arbitraje, así como las reglas éticas que consideran debe regir la labor de los árbitros.

A su vez, por esta norma se crea el Centro de Arbitraje Popular ARBITRA-PERÚ, a cargo del propio Ministerio de Justicia.

Esta disposición constituye un esfuerzo por promover la creación de instituciones arbitrales que atiendan a sectores poblacionales que no podrían acceder a este tipo de administración de justicia.

Sin embargo, no existe un mayor incentivo para el funcionamiento de estas instituciones arbitrales, no existiendo ventajas comparativas, ya que éstas tendrán que competir de la misma manera, tanto con el arbitraje *ad-hoc*, como con instituciones arbitrales que tienen años en el mercado. Ni siquiera el incentivo para las partes de un menor costo económico podría significar el despegue de un centro de arbitraje, e inclusive esto podría suponer un obstáculo para el crecimiento del Centro Arbitral al no contar con los recursos necesarios para realizar su labor.

Como conclusión general, podemos indicar que la actual Ley de Arbitraje fortalece el sistema arbitral en general, blindándolo contra una intervención judicial, pero, lamentablemente, no genera los suficientes espacios de creación y fortalecimiento de instituciones arbitrales, aunque sí tímidamente trata de otorgar algunas funciones que ayudarían a los centros de arbitraje a diferenciarse con ventaja alguna, en relación a los arbitrajes *ad-hoc*.

Entonces, ¿cómo lograr que el arbitraje institucionalizado sea una alternativa real para las partes?

En realidad, dependerá de ellas, quienes tienen la posibilidad de elegir el lugar más adecuado para resolver sus conflictos, de acuerdo a las experiencias que vayan teniendo en los Centros de Arbitraje existentes o en los que se creen, siendo las partes, al final, quienes premiarán o castigarán a la institución arbitral de acuerdo a su actuación.

Dependerá también de los árbitros, los directores del proceso, el permitir que una institución dedicada a temas arbitrales, los apoye en la organización y administración de éste, no siendo competidores entre sí, sino colaboradores que tienen un propósito en común: el óptimo desarrollo del arbitraje como institución válida para resolver controversias.

Pero, sobre todo y en mayor medida, dependerá de las propias instituciones arbitrales lograr su fortalecimiento a través de su actuación diaria, la que debe generar confianza y respeto, así como el compromiso de ésta de administrar justicia de manera eficaz, eficiente, independiente e imparcial. Y es ahí que el desempeño de todos los roles que en esta exposición se han advertido deben ser cubiertos con creces. Nuestro Centro de Arbitraje se encuentra en este camino y está comprometido en generar espacios de reflexión y debate, como este Congreso de Arbitraje, que ya es un referente para la comunidad en general.

16.

LOS COSTOS EN EL ARBITRAJE

Marianella Ledesma Narváez

LOS COSTOS EN EL ARBITRAJE

*Marianella Ledesma Narváez**

Sumario: 1. La libertad para regular los costos.— 2. La teoría del vencimiento en el proceso arbitral.— 3. La exoneración de los gastos.— 4. Los costos en la ejecución arbitral.— 5. La naturaleza jurídica del gasto.— 6. Los costos en el recurso de anulación del laudo.— 7. Los costos judiciales en la ejecución de los costos arbitrales.— 8. Conclusiones.

Iniciar una discusión sea a nivel judicial o en sede arbitral encierra gastos que atender, como los honorarios del abogado, el traslado de los medios de prueba al proceso, los gastos administrativos y, en especial, los honorarios de los árbitros en caso del arbitraje. La pregunta que surge frente a ello, es ¿quién asume los gastos? y ¿cómo se hace ese reparto? En este trabajo abordamos esas inquietudes a la luz de la nueva legislación y planteamos algunas reflexiones sobre la discreción de los árbitros para graduar la devolución del gasto.

1. LA LIBERTAD PARA REGULAR LOS COSTOS

Todas las actividades e insumos que se requieran para el proceso judicial o arbitral, encierran un costo que luego será trasladado a la parte

* Bachiller y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Jueza Supernumerario en lo Civil de Lima. Profesora ordinaria de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Riva Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autora de diversas publicaciones (libros y artículos) e investigaciones jurídicas.

vencida, si la contienda se ha desarrollado en la escenario judicial; en cambio, si se trata de una contienda sometida al procedimiento arbitral, el reparto de esos gastos se hará teniendo en cuenta —en primer orden— el acuerdo que las partes hayan asumido al respecto, pero si no se pactó nada, se recurrirá a la vieja fórmula: «el que pierde paga».

Tanto la derogada Ley n.º 26572 como la vigente (Decreto Legislativo n.º 1071)¹ afirman en primer orden, el principio de libertad para determinar los costos procesales; pero se mantiene la fórmula del «vencimiento», si no hay pacto. El reparto de esos gastos se hará teniendo en cuenta el acuerdo que las partes hayan asumido al respecto, pero si no se pactó nada, se recurrirá a la vieja fórmula: «el que pierde paga».

Una reflexión que surge al respecto es acerca del momento en que se debe pactar el reparto de los costos. Hubo un caso, cuya discusión se centró en determinar si el pacto del reparto de los costos realizado en el acta de instalación no vinculaba a las partes por no aparecer ello en el convenio arbitral, pues, como lo señalaba el artículo 52 de la Ley n.º 26572, derogada:

Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos arbitrales, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio.

Por tanto, se sostenía que como en el convenio no había pacto alguno sobre los costos, debería operar la teoría del vencimiento: el que pierde paga; a pesar de que pudieren las partes haber pactado ese reparto en el acta de instalación del arbitraje.²

¹ Señala el artículo 69 del Decreto Legislativo n.º 1071: «Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título».

² Véase el caso contenido en la Casación n.º 856-2006-Lima (24 de enero de 2007) promovida por el Estudio Blume Abogados S.C.R. Ltda. contra EMAPE, sobre anulación de laudo. La 2.ª Sala Civil de Lima, Res: 20 de mayo 2005, declara la nulidad del laudo, sólo en el extremo que castiga a la parte actora EMAPE, con el pago de costas y costos del arbitraje. La Sala Superior considera que ya está pac-

El problema central en este caso, no pasa por deslindar en qué momento se pactó el reparto, ¿si fue en el convenio o en el acta de instalación?, sino por definir si realmente hubo ese acuerdo de voluntades para distribuir el gasto; no estamos ante un tema de preclusión, en el que si no se hace determinado acto en una determinada etapa del proceso, se pierde la oportunidad de hacerlo posteriormente.

Hay que recordar que el principio eje de la actividad arbitral es la autonomía privada de las partes, por tanto, si en el camino, luego del convenio y al momento de la instalación del tribunal arbitral, las partes quieren arribar a un reparto consensuado de los costos del arbitraje, nada impide que lo puedan hacer ni tampoco resultaría ineficaz esa vinculación para ellas, todo lo contrario, el ejercicio de la autonomía de la voluntad se reafirmaría una vez más en este acto, pues, el eje central de toda esta actividad es el ejercicio de la libertad de autorregulación que pueden ejercer las partes frente al conflicto delegado para su solución a los terceros árbitros.

Nuestra actual legislación no hace especial referencia al convenio, como el escenario y la etapa del procedimiento para determinar los costos, todo lo contrario, el artículo 69 del Decreto Legislativo n.º 1071 reafirma el ejercicio de esa libertad así:

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.

tado el pago de los costos sobre la base de que éste se acordó en el acta de instalación de árbitros: el prorrateo del 50% para cada parte. En la Casación se argumentó que la 2.ª Sala Civil no ha tenido en cuenta que en el convenio arbitral, pues no se pactó respecto al pago del proceso arbitral, por lo que de acuerdo con el artículo 52 LGA derogada, correspondía en total libertad a los árbitros fijar los costos del arbitraje. Esta Casación aparece comentada por Jorge Santisteban de Noriega en su artículo «Inconvenientes y confusiones sobre el convenio arbitral y sus alcances. Comentarios a la sentencia casatoria n.º 856-2006-Lima». *Jus Jurisprudencia*. Lima: Grijley, 2007, n.º 3, pp.135-154.

El artículo 56.2 del Decreto Legislativo n.º 1071 hace una especial referencia al laudo y a los costos, señalando:

El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73.³

2. LA TEORÍA DEL VENCIMIENTO EN EL PROCESO ARBITRAL

En el proceso civil, si bien opera la fórmula del vencimiento, ella no es absoluta, pues se permite al juez cierta discrecionalidad al graduar el monto de los gastos procesales, en atención a las incidencias del proceso (ver artículo 414 CPC).⁴

En el procedimiento arbitral también encontramos regulada dicha discrecionalidad. Dice el artículo 73 del Decreto Legislativo n.º 1071:

El tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

³ Artículo 73. - Asunción o distribución de costos.

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.
3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable.

⁴ Artículo 414 CPC: «El juez regulará los alcances de la condena en costas y costos, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso, fundamentando su decisión».

Esto significa que los árbitros ¿podían modificar el monto de los gastos, aun sobre la voluntad de las partes o esta discrecionalidad sólo operaría cuando no hay pacto expreso y rige el principio del vencimiento?

Al respecto, hay que precisar que la teoría del vencimiento se aplicará al arbitraje, sólo cuando las partes no han expresado acuerdo alguno para el reparto del gasto; pero si han adoptado, directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje, ellas serán las que prevalecerán. Esto implica que la teoría del vencimiento sólo operará cuando hay falta de acuerdo, por tanto, la posibilidad de la discrecionalidad del árbitro, sólo se aceptará bajo las reglas del vencimiento; situación que no sucedería si las partes han pactado la fórmula para el reparto de los gastos.

Otro tema que convoca nuestra reflexión es sobre la necesidad de que los costos arbitrales hayan sido exigidos en la demanda. En el caso de los procesos civiles, no requieren ser demandados, pero si se requiere que exista una declaración expresa de condena al reparto de éstos. En esa línea consideramos que los costos en el arbitraje necesariamente tienen que ser materia de pronunciamiento por los árbitros, sea para asumir el pacto de las partes o para fijar el reparto, bajo la regla del vencimiento: el que pierde paga. Sin esa condena expresa no hay título que ejecutar, por más que el monto se torne en una cantidad líquida o liquidable, si fuere el caso.

3. LA EXONERACIÓN DE LOS GASTOS

Tanto la legislación vigente como la derogada, afirman en primer orden, el principio de libertad para determinar los costos procesales; pero se mantiene la fórmula del «vencimiento», si no hay pacto. El reparto de esos gastos se hará teniendo en cuenta el acuerdo que las partes hayan asumido al respecto, pero si no se pactó nada se recurrirá a la vieja fórmula: «el que pierde paga».

Esta regla también era contemplada en la Ley n.º 26572 derogada, pero con la salvedad de que el tribunal arbitral tenía la posibilidad de optar no sólo por la condena sino también por la exoneración del gasto. El artículo 52 decía:

Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo.

Frente a ello, la inquietud que surge es averiguar ¿cómo se repartía el gasto en la exoneración? El texto derogado señalaba que cada parte cubra sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las de los árbitros, la del secretario, si éste no fuera árbitro y la de la institución arbitral.

La Ley arbitral vigente (Decreto Legislativo n.º 1071) no contempla expresamente la posibilidad de la exoneración de los costos arbitrales. Permite que a falta de acuerdo, los costos sean asumidos por la parte vencida. Bajo ese supuesto, «el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable». Como se podrá apreciar de la cita legal, esta fórmula no hace referencia a la exoneración, como sí lo hacía la ley derogada.

A pesar de ello, se podría sostener que la exoneración está regulada tácitamente en el artículo 73 (Decreto Legislativo n.º 1071) cuando dice:

El tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable.

Para ello, el tribunal arbitral tendría que hacer una distinción entre el costo propiamente dicho, del gasto arbitral.

Los costos en el arbitraje son los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, para la persecución y defensa de su derecho, como sería el pago de los honorarios del abogado; a diferencia de los gastos arbitrales (comprende los honorarios y gastos del tribunal arbitral, del secretario, de la institución arbitral y de los peritos o

de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral) que son comunes y que ambas partes han desembolsado para que sea viable el procedimiento arbitral, por tanto, cuando el actual texto contempla la posibilidad de la distribución y del prorrato, comprende estos dos rubros: los costos de la defensa y los gastos comunes arbitrales, operando para los costos la distribución y para los gastos el prorrato; sin mayor diferencia con la ley derogada donde la exoneración operaba bajo la siguiente regla: cada parte cubre sus gastos y los que sean comunes (los arbitrales) en iguales proporciones.

Recapitulando, podemos sostener que los costos del arbitraje cuando no hay pacto expreso serán repartidos bajo la regla «el que pierde paga»; sin embargo, la legislación especial vigente no hace referencia expresa a la exoneración del costo, como sí lo contemplaba expresamente la ley derogada.

A pesar de ello se puede afirmar que a través de las opciones —distribuir y prorratar— contenidas en el 73 (Decreto Legislativo n.º 1071) para la regulación de los costos, puede operar la exoneración tácita de los costos arbitrales, si el tribunal dispone que cada parte cubra sus gastos (distribución) y los que sean comunes (los arbitrales) en iguales proporciones (prorrato), tal como expresamente lo regulaba la Ley n.º 26572 derogada.⁵

⁵ La Ley n.º 26572 derogada no sólo cambio la nomenclatura de gastos por los costos arbitrales, sino que también propone una nueva cobertura de éstos. Así pues bajo la ley derogada, se aprecia en el art: 52 el siguiente texto: «los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral». En el texto vigente se dice que los costos comprenden: a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b. Los honorarios y gastos del secretario; c. Los gastos administrativos de la institución arbitral; d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; y f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones. (Ver artículo 70 del Decreto Legislativo n.º 1071).

4. LOS COSTOS EN LA EJECUCIÓN ARBITRAL

La idea que el procedimiento arbitral culmina con el laudo ha sido superada, tanto en la Ley n.º 26587 derogada como en el actual Decreto Legislativo n.º 1071. El árbitro tiene la posibilidad no sólo de declarar el derecho en conflicto sino de ingresar a la ejecución del derecho definido en el propio laudo, para lo cual, requiere contar con las facultades especiales de ejecución como lo establece la legislación especial. Con tal *praxis*, podemos afianzar la idea que el arbitraje es una forma alternativa de lograr la paz social, pues, es una institución alterna a la justicia estatal.

En tal sentido, no se puede limitar al arbitraje, sólo a un plano meramente declarativo de derechos, sino que también puede éste ingresar, en la propia sede arbitral, a la dirección del proceso de ejecución; y sólo, cuando hay resistencia al mandato de ejecución, se podrá pedir la intervención de la jurisdicción para la ejecución forzada de dicho mandato.

El diseño de la derogada LGA y el actual modelo acogido en el Decreto Legislativo n.º 1071, si permite ingresar a la ejecución en sede arbitral, lo que se hace necesario es informar a las partes de esa posibilidad y que éstos estén convencidos que es la mejor alternativa para evitar someter todas las resultas del proceso de ejecución a la jurisdicción.

Bajo este contexto resulta coherente que los árbitros ingresen al cobro de honorarios adicionales para la ejecución en sede arbitral. La Ley permite que si ya se pactó los honorarios y se ha otorgado facultades de ejecución a los árbitros, se pueda aumentar el importe de los honorarios a los árbitros (ver artículo 72.5 del Decreto Legislativo n.º 1071):

El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo. En caso de ejecución arbitral, de acuerdo a la complejidad y duración de la ejecución, podrán liquidarse honorarios adicionales.

A pesar de esa posibilidad, la ley no ha señalado nada sobre cómo se reparten los honorarios adicionales, si es que no se ha pactado nada al respecto. ¿Cuál de las reglas opera, el vencimiento o el acuerdo de partes?

En este caso opino que rige la regla del vencimiento, pues no hay pacto, así que la parte vencida tendrá que asumir ese adicional (no solo lo que implica el honorario sino de todo el gasto de la ejecución), teniendo en cuenta, lo que comprenden los costos arbitrales: los honorarios y gastos del tribunal arbitral, los honorarios y gastos del secretario, los gastos administrativos de la institución arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

5. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL GASTO

Si partimos por asumir que los costos en el arbitraje encierran los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, para la persecución y defensa de su derecho, como sería el pago de los honorarios del abogado; y además los gastos del arbitraje propiamente dicho, éstos deben ser reembolsados en virtud de un mandato arbitral.

Debemos precisar que los costos o llamados gastos procesales son obligaciones que nacen de la actividad arbitral y que está orientada al reembolso. No se trata de un pago propiamente dicho sino de un «reembolso», puesto que el vencido restituye al adversario las sumas que éste ha empleado en defender su derecho.

Chiovenda consideró que el fundamento de esta condena se ubica en *el reconocimiento del derecho*, puesto que todo lo que fue necesario para lograr ese reconocimiento, es disminución del derecho que debe reintegrarse al sujeto del derecho mismo, a fin de que éste no sufra detrimento por causa de la controversia.

Si bien la ley arbitral no precisa el procedimiento a seguir para el reembolso del gasto, asumimos que éste debe operar bajo un sumario contradictorio, en el mismo procedimiento arbitral, siempre y cuando se acrediten indubitadamente los gastos realizados para la devolución. Las costas arbitrales tienen las siguientes características: a) están constituidas por los gastos que derivan en forma directa del proceso; b) comprenden sólo los gastos ocasionados por el proceso y excluyen los daños y perjuicios que no se identifican con ellos; c) representan una obligación accesoria derivada del proceso y su título constitutivo es el laudo que condena al pago.

6. LOS COSTOS EN EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO

El control sobre la validez formal del laudo necesariamente debe darse en sede judicial y debe ser necesariamente desarrollada por instancias, ajenas al quehacer arbitral. El mecanismo de impugnación frente al laudo arbitral es el recurso de anulación. No es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas a las que se refiere la institución.

Debe entenderse como mecanismo de control a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido en la ley. No se puede admitir la renuncia de las partes a la posibilidad de impugnar el laudo; un acuerdo en tal sentido supondría la renuncia al derecho a la tutela judicial.

La reflexión que surge es ¿quién asume los gastos procesales del recurso de anulación? La parte que promueve esa revisión, siempre y cuando se haya declarado infundado el recurso de anulación, pero si la parte que promueve el recurso de anulación con éxito y logra la nulidad del laudo, será la parte vencida quien tendrá que asumir el reembolso de los gastos judiciales.

En la casuística encontramos el siguiente pronunciamiento recaído en el expediente n.º 2311-2003. En los seguidos por Estudio Santisteban Abogados Sociedad Civil con Banco Santander Central Hispano sobre ejecución de resolución judicial. Res: 8 de marzo 2004, 1.ª Sala Civil de Lima:

No puede ser materia de ejecución el pago de costas y costos correspondientes al procedimiento de anulación del laudo por el juez de primera instancia, si el procedimiento ha sido iniciado conforme a ley ante la Corte Superior de Lima, sede ante la cual la ejecutante deberá hacer valer su derecho respecto al cobro de esos conceptos.

La norma procesal señala que cuando se declara la nulidad del laudo se podrá recurrir en casación. En ese contexto, se ubica el caso en que se haya recurrido en casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema y ésta desestime el recurso. Los costos de esta instancia, también lo asumirá la parte perdedora del recurso de anulación; pero, si la casación que se promueve resulta ser exitosa, esto es, revoca la nulidad del laudo y mantiene la validez de éste. Aquí los costos tendrán que ser asumidos por la parte perdedora que promovió el recurso de anulación que se ha desestimado. El artículo 399 CPC señala:

Si el recurso fuese declarado inadmisible, improcedente o infundado, quien lo interpuso sufrirá la condena de costas y costos originados en la tramitación del recurso.

7. LOS COSTOS JUDICIALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS COSTOS ARBITRALES

A esto se agrega la posibilidad de que pese a que existe un título que contenga una condena expresa, haya resistencia al reembolso por el obligado a ello. En esas circunstancias, la ejecución forzada —en sede judicial— será la alternativa para la satisfacción de dicha obligación dineraria.

No se debe perder de vista que las relaciones entre la jurisdicción y el arbitraje, son de carácter complementario, pues, se produce en aquellas áreas o actos en los que se requiere el *ius imperium* del Estado, de la que carecen los árbitros, a los cuales se les atribuye el poder de disposición de los derechos subjetivos privados en virtud de la autonomía de la voluntad; pero la fuerza que requiere que determinadas actividades provenientes del mandato arbitral, como la ejecución de una medida cautelar o de un mandato de ejecución, necesariamente se realizan por el poder de ejecución que tienen los jueces de la jurisdicción.

La doctrina ha discutido el fundamento de los gastos (costas y costos). Al inicio consideró que el pago equivalía a una pena porque con el proceso judicial se causaba a la otra parte litigante un daño injusto y, por tanto, había el deber de repararlo. Chiovenda criticó esta posición, pues consideró que el proceso es un medio lícito que la sociedad tiene para la defensa de sus derechos y quien lo usa lo hace en ejercicio de su derecho, y los gastos que ocasione a su adversario no pueden constituir un daño que deba resarcirse, puesto que no se producen injustamente, porque se necesita del pronunciamiento del Juez para que éste declare formalmente el derecho, que no existió antes y, en consecuencia, no podía haber sido conocido por el perdedor.

Posteriormente, los teóricos del tema han presentado *la doctrina del resarcimiento* basada en la idea de la culpa. Esta tesis ha sido objetada porque es difícil probar la culpa y porque el hecho de vencer en el proceso no significa que la culpa haya existido, en todos los casos.

La teoría de la culpa ha sido reemplazada por *la tesis moderna del vencimiento*. Con este sistema se evita calificar el comportamiento del litigante llamado a reembolsar los gastos de su contrario, sólo se necesita para que prospere, los costos incurridos y que el obligado haya sido vencido.

Chiovenda consideró que el fundamento de esta condena se ubica en *el reconocimiento del derecho*, puesto que todo lo que fue necesario

para lograr ese reconocimiento, es disminución del derecho que debe reintegrarse al sujeto del derecho mismo, a fin de que éste no sufra detrimento por causa de la controversia.

Efectivamente, podemos concluir que la regla general para la condena de costas y costos, es que el sujeto pasivo obligado al pago, sea la parte vencida. Esta fórmula es la que regula nuestro sistema procesal civil, en el ya citado artículo 412 del CPC.

Consecuentemente, ante la eventualidad de la ejecución de laudos, en el extremo que se reclama el pago de los costos arbitrales, los gastos judiciales que impliquen la ejecución de dicho título los seguirá asumiendo la parte vencida en dicha ejecución arbitral, esto es, a la suma líquida de los costos arbitrales se aumentará el adicional de las costas y costos procesales, necesarios para ejecutar o materializar la condena dineraria del laudo.

Esto, evidentemente, operará en caso no se pacte ejecución arbitral, o si habiéndolo pactado no se cumple voluntariamente con el reembolso. Ambos se exigirán a través del proceso de ejecución. Al costo arbitral, que es la suma líquida, se agregarán los costos judiciales, propios de la ejecución del laudo, en dicha sede.

El juez estatal, al momento de graduar los costos del proceso judicial, no podrá modificar el monto fijado como costos arbitrales en el laudo. Sólo agregará a los ya establecidos en sede arbitral, un plus para la ejecución judicial. En otras palabras, hay un título de condena extra-judicial, que cubre los costos arbitrales, sobre el cual, se fijará el monto de condena por los costos judiciales, para lograr la ejecución de este reembolso.

8. CONCLUSIONES

Podemos advertir algunas ideas ejes en todo este comentario: a) la prevalencia del principio de autonomía privada de partes en el reparto del

costo arbitral; b) la vigencia de la teoría del vencimiento en caso no haya pacto expreso sobre los costos; c) el reparto del costo se puede graduar bajo las reglas de la distribución y el prorrateo; d) la condena del costo es una obligación que nace en el procedimiento arbitral y requiere de una condena expresa; e) el reembolso del costo arbitral podía exonerarse bajo la derogada Ley n.º 26572 o tal vez, sometido a la «distribución o prorrateo» como lo califica la actual ley; y, por último, f) la ejecución judicial del cobro de los costos arbitrales involucra, además, la suma de los costos judiciales para la ejecución del laudo.

17.

DIFERENTES NORMAS Y ESTÁNDARES DE ÉTICA

Hugo Perezcano Díaz

DIFERENTES NORMAS Y ESTÁNDARES DE ÉTICA

*Hugo Perezcano Díaz**

Antes de comenzar con el tema, quisiera hacer una precisión diciendo que no es que haya diferentes normas de ética, porque al final de cuentas todos los sistemas de arbitraje buscan que los árbitros se desempeñen de manera ética. Sí podemos encontrar diferentes reglas específicas de ética donde ciertamente hay varios que han sido desarrollados por instituciones diferentes. Y en cuanto a los estándares, no es que sean estándares diferentes, sino más bien sea una cuestión de grado.

Por ejemplo, hay sistemas o reglamentos que apuntan de manera incipiente y en muchas ocasiones de manera escueta el tema de la ética de los árbitros y hay instituciones u otros foros que tienen módulos de ética bastante desarrollados.

En el primero encontraríamos, hablando más allá del arbitraje comercial privado, que creo es el tema central de este congreso, pero si vemos el convenio del CIADI, tiene algunas reglas muy incipientes y yo diría que el reglamento del Centro de Arbitraje de esta universidad es un ejemplo, también, de que no tiene reglas desarrolladas.

* Jefe de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía mexicana. Responsable de las materias antidumping, antisubvenciones y salvaguardas. Responsable de la materia en las negociaciones de los distintos tratados comerciales suscrito por México. Participación en los litigios internacionales en la materia que involucren a México.

En el segundo encontramos varios códigos de ética y quizá el más desarrollado sea el del American Arbitration Association, conjuntamente con el American Bar Association y códigos similares que han desarrollado, por ejemplo, la Cámara de Milán, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur o el Centro Regional de Arbitraje del Cairo que son similares a este código que he detallado. Existen otras, por ejemplo, las reglas en materia de prueba de la International Bar Association que también tienen reglas de ética y otros foros más específicos, que puesto que soy de México los conozco mejor, donde tenemos un código de conducta para algunos mecanismos del arbitraje en el Tratado de Libre Comercio con América del Norte y también el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea que ha suscrito México, allí tenemos códigos específicos.

Ahora, el recurso del arbitraje se ha incrementado mucho en todo el mundo y no es nada más que se haya incrementado en número de casos, sino que también se han ampliado las materias que se someten al arbitraje y no quiero solamente referirme al arbitraje especializado, como puede ser el referido a la construcción, al arbitraje de la contratación pública, sino también al arbitraje médico. También podemos citar el arbitraje entre Estados y el arbitraje que involucra a los particulares como el arbitraje de inversión, además también tenemos una proliferación de instituciones que administran el arbitraje conocidas como el International Chamber of Commerce, este centro de arbitraje de la universidad, la Cámara de Madrid. Tenemos también esta proliferación y ello ha dado una proliferación de reglas.

La preocupación que sigue subyacente, sin embargo, es la misma. Las personas a las que se les da el poder de decidir, deben observar estándares fundamentales de conducta, de ética. Ésta es la preocupación subyacente. Existe una diferencia fundamental con los jueces que aunque ambos, árbitros y jueces, tienen el poder de decidir los casos y resolver las disputas. Los árbitros, a diferencia de los jueces, normalmente tienen otras ocupaciones, desempeñan otras labores antes, durante y después de que sirven como árbitros, y ésta es una diferencia fundamental entre unos y otros y una razón por la que cobra especial importancia tener estándares de ética.

Los principios en materia de reglas de ética, la IBA (International Bar Association) los resume de la siguiente manera, dice que un árbitro debe ser imparcial, independiente, competente, diligente y discreto. Aunque como ya decía, en ocasiones de manera incipiente y escueta, la mayoría de los reglamentos de arbitraje establecen reglamentos generales de ética, lo hacen cuando menos en las normas que establecen las cualidades que deben desempeñar los árbitros y las bases para su recusación.

A manera de ejemplo, el convenio del CIADI, señala de forma realmente escueta, que cualquiera de las partes podrá proponer la recusación de alguno de los miembros del tribunal arbitral, por una carencia manifiesta de las cualidades con las que deben de cumplir, por ejemplo gozar de amplia consideración moral, tener una reconocida competencia e inspirar confianza en su imparcialidad de juicio. Éstas son las cualidades y reglas para la recusación.

En la misma línea del reglamento de arbitraje de este centro señala que cuando existan hechos o circunstancias que den lugar a dudas justificadas y razonables respecto a la imparcialidad o independencia de los árbitros, cuando incumplan el deber de declarar estos hechos o circunstancias, entonces puede servir esto de base para la recusación de los árbitros.

Los códigos más detallados lo abordan de una perspectiva diferente, el código de ética de American Arbitration Association, junto con la American Bar Association, los llama cánones, con la idea de que son preceptos y más bien modelos de la conducta ideal que deben seguir los árbitros.

Me voy a referir a los que, en mi opinión, son los principales:

Primero, los árbitros deben de velar por la integridad del proceso de arbitraje y la equidad en el mismo y esto es importante porque los árbitros tienen no sólo una responsabilidad frente a las partes que comparecen ante ellos, sino una responsabilidad frente al proceso mismo;

es decir, responsabilidad de proceder de manera eficiente, diligente y otorgar una solución justa a las partes; pero también tienen una responsabilidad con las instituciones que los proponen como árbitros y administran el arbitraje, visto desde el lado de las instituciones como el centro de arbitraje de esta universidad, le interesa que los árbitros que conforman sus listas, se desempeñen con los más altos estándares de ética.

Si nos vamos al arbitraje internacional, existe una responsabilidad de los árbitros con la comunidad internacional y quizá esto es más claro con los arbitrajes que involucran al Estado. Es decir, los arbitrajes de inversión donde los Estados pueden resultar condenados a pagar daños pecuniarios que, finalmente, salen del erario público o a modificar e incluso a revocar leyes, reglamentos, etc.

Cada vez más, por estas razones, existe una responsabilidad de los árbitros frente al público en general. Por eso deben conducirse con imparcialidad e independencia e incluso no generar condiciones que pongan en duda esa imparcialidad e independencia. Por ejemplo, el código de conducta del TLC de América del Norte, lo lleva al grado de señalar expresamente que todo ex miembro, tiene la obligación de evitar crear la apariencia de haber sido parcial o de haberse beneficiado con el arbitraje, en fin, hay una obligación de evitar tener relaciones comerciales y cercanía de una obligación continua.

Los árbitros deben de ser competentes en dos sentidos, deben de tener los conocimientos necesarios, es decir, si es un arbitraje especializado en materia de construcción, deben tener los conocimientos específicos, así si se trata de un arbitraje de derecho o de finanzas, o de inversión o de comercio y deben de tener los conocimientos, habilidades y experiencia que les permita desempeñar su papel. Además, deben de ejercer la competencia que les ha sido conferida sin excederla ni limitarla, a fin de resolver los asuntos difíciles. Igualmente, deben tener la disponibilidad para llevar a cabo el procedimiento hasta su fin, es decir, conceder el tiempo y la atención que el arbitraje requiere y que las partes esperan de él, para resolver de manera oportuna.

Finalmente, deben actuar de manera diligente y promover una resolución justa y eficiente, evitando tácticas dilatorias, el abuso del proceso, etc.

Voy a referirme muy brevemente a otros cánones, a algunas reglas, a algunos códigos que establecen la obligación de develar, como un principio fundamental. Ésta se centra en la obligación de declarar este tipo de relaciones o circunstancias al grado de que, como reglamento del centro de arbitraje de la universidad, la omisión del haberlo hecho puede servir de base para la recusación. Deben evitar cualquier situación inapropiada o la apariencia de una situación inapropiada en las comunicaciones con las partes. Deben evitar tener contactos ex parte o contacto con alguna parte en donde se discuta el caso en cuestión en ausencia de la otra parte y deben ser fieles a la relación de confianza y de confidencialidad que es inherente a su desempeño como árbitro.

Si los árbitros entran en una relación de confianza con las partes que les encomiendan resolver la diferencia, en ningún momento deben utilizar información confidencial para su propio beneficio, en ventaja suya o de cualquier otra persona y deben mantener la confidencialidad de todos los asuntos relativos al arbitraje y a su decisión. Cada vez más, quizá no el arbitraje comercial privado, pero sí otros tipos de arbitraje como el arbitraje de inversión, cualquier arbitraje que involucra a los Estados, cada vez más se están abriendo al público, cada vez más son documentos públicos, los memoriales que presentan las partes, los laudos de los árbitros y lo que involucra la responsabilidad del Estado tiene sentido, pero el árbitro, no obstante que no todos los documentos son confidenciales, por lo menos, durante el desempeño de su labor como árbitros, sí deben mantener esa relación de confianza y confidencialidad respecto al asunto que les está tocando decidir.

Y, finalmente, los árbitros deben adherirse también a los estándares de equidad e integridad a la hora de convenir la compensación que van a recibir por su desempeño y el reembolso de sus gastos; también es

importante tener en cuenta que a la retribución que van a recibir se extiende la obligación de actuar de manera íntegra y correcta.

En conclusión, yo diría que éste es un tema de mayor importancia: esa obligación o esa relación de confianza que se genera entre las partes, entre los árbitros, entre los árbitros entre sí, los árbitros con las instituciones que administran los arbitrajes, porque en buena medida, el éxito del arbitraje depende justamente de la integridad de las personas que están resolviendo los asuntos.

TERCER CONGRESO
INTERNACIONAL DE ARBITRAJE 2009
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
NOVIEMBRE DEL 2010, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220 URB. SANTA RITA,
SANTIAGO DE SURCO, TELEFAX: 444-2007
Lima 33, Perú