

ENTREVISTA A ÁLVARO AGUILAR*

SOBRE EL ARBITRAJE

¿Cómo ha sido la adaptación del sistema arbitral al entorno virtual? ¿En qué medida afectó la pandemia en el arbitraje?

En líneas generales la adaptación a la virtualidad ha sido bastante positiva. Algunas instituciones arbitrales, tanto internacionales como locales, han jugado un rol importante publicando guías y generando pautas sobre la tramitación electrónica y por medios virtuales sobre la base de su propia experiencia, lo que permitió que esta adaptación se llevara a cabo de mejor manera.

Yo puedo referirme particularmente a la experiencia que hemos tenido en el Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú. En nuestro centro el procedimiento de los arbitrajes ya estaba adecuado para que todas las tramitaciones se realizaran a través de medios electrónicos o virtuales, salvo las audiencias. La presentación de escritos se efectuaba, desde antes de la pandemia, por correo electrónico; los plazos corrían automáticamente y en la mayoría de nuestros casos se usaban calendarios de actuaciones que ordenan el procedimiento.

Esta mecánica, que corresponde en gran medida a la práctica internacional, estaba siendo bastante aceptada por los usuarios del centro en arbitrajes domésticos, aunque siempre había cierto grado de resistencia al cambio. La pandemia hizo que este proceso se acelerara tremendamente, pues impuso la necesidad de hacerlo así. Ya no era una propuesta de nuestra institución arbitral, sino que los hechos llevaron a que los usuarios que se resistían a este tipo de cambio tuvieran que adaptarse de manera rápida.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Regulación de Servicios Públicos por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Secretario general del Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú.

La entrevista fue elaborada por la revista *Ius et Praxis* y realizada por Josué Pérez, Camila Zumaeta y Mateo Dueñas, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Donde hubo un mayor esfuerzo de adaptación fue con relación al desarrollo de las audiencias. Previamente al inicio de la pandemia, las audiencias se llevaban a cabo de manera presencial, salvo alguna excepción en que una declaración de un testigo o perito se realizaba por medios virtuales porque se encontraba fuera del país y no podía viajar a efectuarla en persona. No obstante, en estos casos, solamente quien declaraba estaba conectado por algún medio tecnológico y no había, como ocurre ahora, una reunión virtual de todos los participantes en el arbitraje.

Ayudó mucho a esta adaptación que existieran plataformas diseñadas especialmente para llevar a cabo reuniones virtuales, como Zoom, WebEx, Teams y otras más. Simplemente, lo que se tenía que hacer era poner esas plataformas a disposición de los usuarios y familiarizarse con ellas al máximo para aprovechar todas sus funcionalidades.

Hay que destacar que este cambio no solo se dio a nivel de arbitraje, sino que ocurrió en distintos ámbitos. Ustedes son estudiantes de Derecho y la pandemia debió sorprenderlos en los primeros años de su carrera. Durante la cuarentena nadie podía salir de sus casas y era inevitable usar y adaptarse a este tipo de sistemas virtuales y electrónicos. Estoy seguro de que ustedes han tenido que sufrir un poco adaptándose a recibir clases por Zoom o por alguna otra plataforma similar. A estas alturas, sin embargo, deben estar totalmente acostumbrados a realizar todas sus actividades académicas por medios virtuales o electrónicos. Lo mismo ha ocurrido con el arbitraje.

¿Cómo se afectaron los casos en trámite al iniciar la pandemia? ¿Cuál fue el efecto de la suspensión de plazos?

El estado de emergencia y la cuarentena se anuncian un domingo y empezaron a tener efectos a partir del lunes 16 de marzo del 2020. Todo el mundo fue sorprendido con la medida, pero en el caso particular del Centro Internacional de Arbitraje de AmCham ya veníamos trabajando con mecanismos electrónicos. El 90 % de nuestros casos se venían desarrollando de esa forma, por lo que teníamos gran parte de la información de los casos digitalizada porque desde un tiempo antes veníamos trabajando con el Office 365, que te permite almacenar la información de los casos en la nube. Esto tuvo como efecto que en AmCham Perú no sufriéramos un *shock* tan complicado.

Como al momento en que se declaró el estado de emergencia y se decretó la cuarentena pensábamos que las limitaciones de movilizaciones no iban a durar más de quince días, el mismo 16 de marzo el centro decidió emitir un comunicado, vía web y por correo electrónico, señalando que se estaba coordinando con los tribunales, caso por caso, si es que era necesario suspender los procedimientos. Si no se recibía una comunicación distinta del tribunal, el caso quedaba suspendido desde la fecha del comunicado. Asimismo, la regla para aquellos casos en los que no se había constituido un tribunal arbitral fue que los plazos quedaban suspendidos. De hecho, la mayoría de los tribunales prosiguió con el trámite de los arbitrajes a su cargo luego de haber consultado con las partes.

Uno de los principales problemas que se tuvo fue que hubo partes que no tenían acceso remoto a toda la información de defensa que necesitaban, lo que hizo más complicado que en esos casos se siguiera con el procedimiento. Estos casos se suspendieron temporalmente. Sin embargo, la mayoría de las partes o sus abogados contaban con mecanismos que les permitían acceder a toda su información, por lo que pudieron afrontar la continuación del procedimiento sin mayor contratiempo. Por su parte, los árbitros podían contar con casi toda la información presentada en el arbitraje a través de vínculos a la nube.

El 30 de marzo sacamos un segundo comunicado disponiendo el levantamiento de la suspensión y continuación de las actuaciones en aquellos casos en que no se había constituido todavía el tribunal arbitral. En este comunicado se señaló que se iban a tomar todas las medidas posibles para concluir la constitución de estos tribunales. Una vez constituido el tribunal, este podía determinar, en función del acceso de las partes a su propia información, si era necesario que se suspendiera o no el caso. De esta manera se avanzaron los casos hasta la constitución de los tribunales y en aquellos casos en que el tribunal estaba constituido se avanzaba dependiendo de la etapa en que se encontraba.

Cuando nos percatamos de que la situación de emergencia y las restricciones producto de ella se prolongarían a largo plazo, empezamos a trabajar una guía virtual de arbitraje y algunas modificaciones a nuestro reglamento para facilitar la tramitación virtual. El 24 de abril del 2020 emitimos una guía virtual, la cual está publicada en nuestra página web¹, explicando cómo se deben entender ciertos artículos de nuestro reglamento para continuar la tramitación de un arbitraje de manera electrónica y aclarar que no se requería una tramitación “física” para proseguir con los arbitrajes que se encontraban en giro.

Con relación a los casos por iniciarse, hicimos algunos cambios al reglamento que se aplicarían a todos aquellos casos iniciados a partir del 1 de mayo del 2020, incluyendo como regla por defecto que la tramitación de un arbitraje sería electrónica. De hecho, desde antes de la pandemia, esas reglas eran las que el centro proponía, como referencia, al momento en que se debía aprobar la primera orden procesal.

¿Cuánto afecta la normativa que se expidió frente a aquella previa a la pandemia?

En un arbitraje, la normativa procedimental aplicable a un caso es aquella establecida por las partes. En un arbitraje institucional esta normativa está dada por los Reglamentos de la institución. Las partes, en virtud del principio de libertad de procedimiento, pueden acordar realizar ajustes a estas reglas, que es lo que normalmente un tribunal con experiencia recoge en la primera orden procesal.

1 AmCham Perú. (2020). Guía de arbitrajes virtuales. https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2020/05/Guia_de_Arbitrajes_Virtuales.pdf.pdf

No obstante, lo que ocurrió en el Perú hace más de veinte años, cuando se empieza a desarrollar el arbitraje a nivel doméstico, es que, por desconocimiento de esta figura jurídica, el arbitraje se equiparó a un proceso ordinario, como si fuese un juicio privado. Ha costado mucho revertir esta situación e ir cambiando esa percepción errónea que terminó procesalizando el arbitraje. Lo que tuvimos que hacer las instituciones fue cambiar el chip y promover la práctica de lo que es el arbitraje en realidad, pues el arbitraje está pensado para que el procedimiento se adapte a las necesidades del caso y no que el caso se adapte al procedimiento.

Cuando se inició la pandemia, en el centro veníamos trabajando un nuevo reglamento que ha entrado en vigencia recientemente, a partir del 1 de julio del 2021. Este nuevo reglamento recoge, en gran medida, regulación que sigue estándares internacionales y que veníamos promoviendo en la administración de nuestros casos. Lo que buscamos con el nuevo reglamento es tener un marco más moderno que permita que el arbitraje realmente sea dinámico, rápido y flexible.

Con el inicio de la pandemia tuvimos que acelerar una serie de reformas para que los principales cambios que habíamos concebido en el reglamento se pudieran ir aplicando a los casos nuevos, a través de una reforma parcial del reglamento que estaba vigente desde el 2013. Estos cambios entraron en vigencia el 1 de mayo del 2020 y estaban referidos principalmente a prescindir de una mesa de partes, habilitamos la posibilidad de que las solicitudes de arbitraje sean presentadas por correo electrónico e incluimos expresamente la posibilidad de hacer audiencias virtuales. No es que el reglamento que teníamos en ese momento no lo permitiera, sino que no lo decía expresamente.

Entre estos cambios del reglamento incluimos la obligación de establecer un calendario de actuaciones. Este calendario se aprueba normalmente de manera conjunta con la primera orden procesal, la cual establece la fecha de cada una de las actuaciones hasta la emisión del laudo. También establecimos un plazo distinto para laudar. Antes lo usual aquí en Perú, y que sigue siendo así en otros centros, es que se desarrollaba el arbitraje y recién al final, luego de todas las actuaciones, se fijaba un plazo para la emisión de laudo, que variaba de acuerdo con el reglamento de cada institución. Lo que nosotros hicimos es establecer que el plazo se contara desde el momento de aprobación de las reglas y el calendario de actuaciones, señalando que el tribunal tendría diez meses para llevar a cabo todas las actuaciones y resolver la controversia, incluyendo la emisión del laudo.

Con este cambio ocurría que las partes buscaban, junto con el tribunal, ajustar sus actuaciones en estos diez meses. Evidentemente este plazo es prorrogable porque hay casos que ameritan un procedimiento que dure más, sobre todo cuando hay cuestiones complejas que resolver. No obstante, la prórroga de este plazo tiene que pasar por un filtro del centro. La idea de este sistema es no tener tiempos muertos y volver el procedimiento más eficiente, de tal forma que las partes lo organicen según sus necesidades y las circunstancias

del caso. Entonces, de alguna manera, incentivas a que el procedimiento se ordene dentro de ese tiempo y que, desde un inicio, las partes sepan cuándo tienen que presentar la demanda, cuándo tienen que presentar la contestación, si va a haber reconvenición, cuándo se presenta, cuándo se contesta, cuándo será la audiencia, etcétera. Esto ayuda, tanto al tribunal como a las partes, a ordenar su agenda futura. En la tramitación tradicional tú no sabes cuándo vas a terminar teniendo la audiencia y a veces se lleva por “puchitos”, primero una audiencia de ilustración —así llaman en Perú a las exposiciones de apertura de las partes—, luego una declaración testimonial, después la sustentación de una pericia; entre acto y acto pasaron seis meses y al final ya tienes que presentar las conclusiones y no recuerdas qué pasó en la primera sesión de la audiencia.

Lo que queremos hacer en AmCham es incentivar buenas prácticas, siguiendo los usos internacionales. Esos fueron los cambios principales que promovimos con la virtualidad y que ahora recoge un reglamento bien estructurado, al milímetro, que está vigente a partir del primero de julio del 2021. En verdad, la pandemia aceleró los cambios porque ya se venían dando.

¿Realmente se garantiza el debido proceso en una audiencia virtual, considerando problemas de conectividad (conexión-acceso) y de conocimiento de los medios tecnológicos?

No se debería afectar para nada. ¿Por qué se tendría que afectar el debido proceso? Puede haber problemas, pero un principio fundamental y que es una obligación también de las partes es actuar de buena fe. Creo que a veces se pierde la perspectiva de que ese es un principio rector en el arbitraje. Hay un artículo² expreso en la Ley de Arbitraje en el que se establece que las partes tienen que actuar con buena fe colaborando con el tribunal. Entonces, cuando hay algún problema que no permite seguir de manera adecuada la audiencia, buscas alguna solución alternativa. Al inicio de la pandemia se trataba de seguir protocolos estrictos respecto a tiempos, conectividad y seguridad, hasta que los usuarios se acostumbraron a la dinámica. Ahora, por ejemplo, es muy raro que alguien se queje de la conectividad cuando uno se puede conectar usando la línea del celular.

Una de las cosas que también han cambiado de alguna manera con la virtualidad es el manejo de los tiempos. Las audiencias virtuales no suelen ser tan extensas como las presenciales. No es lo mismo estar cara a cara que interactuar a través de una pantalla. A través de una pantalla te cansas más, te agotas, hay estudios sobre eso. Ustedes lo deben experimentar con sus clases virtuales, el grado de atención que tienen a través de una pantalla no es el mismo que el que tienen en clases presenciales.

2 Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje: “Artículo 38.- Buena fe. Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje”.

Las veces que nosotros hemos tenido problemas técnicos se ha recurrido a la buena fe. Por ejemplo, se reprogramaba la declaración para una hora distinta o se buscaban horas de menor tráfico en internet. Como dije, los usuarios se acostumbraron a la virtualidad. No solo eran las audiencias que se llevaban a cabo de manera virtual, sino toda la vida profesional. Nos acostumbramos a interactuar virtualmente como nueva normalidad. No obstante, siempre hay que tener presente que en Perú puede haber lugares que no tienen un nivel óptimo de conectividad por cuestiones de infraestructura.

Los usuarios de nuestro centro principalmente arbitran controversias en materia comercial, tanto a nivel doméstico como internacional, y suelen tener buena conectividad a internet. Evidentemente siempre podría ocurrir algún inconveniente debido a la saturación de la red en determinadas horas. No obstante, debemos tener en cuenta que puede haber usuarios que no necesariamente se conecten desde una ciudad grande en que los servicios de internet son adecuados. Estas situaciones se pueden dar sobre todo en casos de arbitrajes derivados de contrataciones con el Estado, donde algún caso puede ser presentado contra alguna entidad pequeñita que está alejada o cuya infraestructura necesaria para conectarse no es la mejor. En Lima y otras ciudades grandes es más complicado que una empresa o entidad no tenga un grado de conectividad adecuado. En el caso de arbitrajes internacionales es menos frecuente aún que se presenten problemas de conectividad. En estos casos lo que hay que tomar en cuenta para el desarrollo de las audiencias virtuales, por ejemplo, es la diferencia horaria.

Dudo que el debido proceso se afecte por la virtualidad. Evidentemente, hay diferencias entre la dinámica de una audiencia presencial y la de una virtual porque la forma en que interactúas es distinta. En una audiencia presencial se puede leer el lenguaje corporal, puedes ver al testigo y, a la vez, a los abogados y los miembros del tribunal, lo cual, como abogado, te permite analizar las reacciones que tienen.

En las audiencias virtuales, sin embargo, existen formas de aminorar los efectos de esa falta de interacción directa que te permiten tener un mayor control de lo que ocurre durante la actuación de una prueba. Por ejemplo, para brindarles mayor transparencia a las partes, lo que se suele hacer es colocar una cámara de 360 grados a efectos de que se vea todo el espacio físico donde está un testigo o perito, de tal forma que se pueda constatar que nadie está condicionando al testigo o perito. Lo ideal para desarrollar de manera adecuada una audiencia virtual es establecer reglas previas que deben cumplirse durante su desarrollo. Por ejemplo, identificar previamente los documentos a los que se va a hacer referencia en ella de tal forma que estos documentos estén disponibles para ser revisados en un *link* y puedan ser proyectados en pantalla cuando se requiera; establecer reglas claras de usos de tiempos, etcétera.

¿Considera que las audiencias virtuales serán una medida temporal o van a perdurar en el tiempo?

Va a depender de cada caso y del tipo de audiencia que requieras. Una audiencia virtual tiene pros y contras. Una de las cosas más positivas de las audiencias virtuales es que te permiten ahorrar tiempo, por ejemplo, de desplazamiento, sobre todo cuando ese desplazamiento implica un viaje de un país a otro. A nivel de arbitrajes domésticos también es un alivio para la mayor parte de los usuarios no tener que permanecer horas en el tráfico. Si estás en un caso relativamente sencillo en el que no se requiere interactuar con un testigo o perito, para muchos abogados es más cómodo que se realice de manera virtual. También va a haber ocasiones en que, por la complejidad del caso, las partes prefieran tener una audiencia presencial. Poder realizar una audiencia virtual, la verdad, es una herramienta más. No es que se vaya a quedar o no, sino que está a disposición de las partes como cualquier otra herramienta. Antes solamente usábamos la opción presencial; ahora tenemos una herramienta más que puede volver más eficiente el arbitraje: ganas tiempo y evitas viajes. Por ejemplo, no es necesario que traigas a Lima a un testigo que está en Chile; lo puedes hacer declarar de manera virtual, pero —claro— pierdes esa riqueza que te da tenerlo frente a frente.

Depende de las partes tener un arbitraje presencial, o sea, el arbitraje es de las partes, estas buscan adaptar el procedimiento al caso que tienen, sus tiempos y la manera en la que pueden llevar las audiencias. Así funciona a nivel internacional y aquí poco a poco se ha ido aprendiendo; me refiero en líneas generales porque también hay, desde hace algún tiempo, *practitioners* sofisticados. Nosotros tratamos de promover las mejores prácticas, que las partes se pongan de acuerdo sobre cómo quieren llevar el arbitraje y las audiencias y si no se ponen de acuerdo decide el tribunal. Un tribunal que tiene experiencia y conoce cómo funciona el mecanismo va a promover el acuerdo de las partes en cuestiones procedimentales, lo va a facilitar, les va a dar pautas, y los operadores que son más sofisticados se ponen de acuerdo, informan al tribunal sobre los puntos que han acordado y sobre qué estaría pendiente definir. El tribunal decidirá cómo ordena las cosas sobre las que la parte no se ha puesto de acuerdo, pero normalmente las partes se ponen de acuerdo en las cosas más importantes y las cosas fluyen.

Frente a esta coyuntura, ¿cuál es la perspectiva por parte de los usuarios acerca del arbitraje? ¿Hay alguna concientización respecto a su eficacia?

Hay dos tipos de usuarios. A los usuarios sofisticados que ya conocían el sistema desde antes de la pandemia lo único que se les ha cambiado un poco es la virtualidad de las audiencias. Al respecto, los usuarios sofisticados manejan bien las herramientas. Cada vez son más los estudios que las manejan con prolijidad y los árbitros también. Es importante que se tenga a árbitros con experiencia. Ha ayudado mucho la presencia de árbitros

extranjeros en arbitrajes domésticos porque traen un estándar más alto de práctica. Eso se va reproduciendo y poco a poco se genera un efecto cascada.

Los más sofisticados son los primeros en aplicar los procedimientos como corresponde, como son los estándares internacionales, y poco a poco el usuario común, por decirlo de una manera, va adaptándose a las mejores prácticas. Siempre hay un esfuerzo de las instituciones arbitrales de ser pedagógicas sobre ese punto. Los invito a ver la página web de AmCham, donde pueden encontrar los vídeos de *Arbitration Unplugged*³, que es una serie de webinarios en los que se habla de buenas prácticas a nivel de prueba y procedimiento y también se discuten otros aspectos vinculados al arbitraje; por ejemplo, temas de incumplimiento por fuerza mayor derivados de la pandemia. También tenemos alguna edición dedicada a la virtualidad en el arbitraje, aspectos de organización del procedimiento y manejo de tiempos. Hay bastantes cosas que les pueden servir.

El rol que tienen las instituciones arbitrales para mejorar los estándares de práctica en el arbitraje es fundamental. Cuando converso con potenciales usuarios, les hago ver que lo que las instituciones arbitrales ofrecemos como producto son dos cosas: el manejo técnico que se refleja, por ejemplo, en las reglas y la confianza. Tú nos estás encomendado el manejo de tu caso, por lo que el punto central siempre es la confianza. ¿Qué te da esa confianza si no es la idoneidad de la gente, la experiencia, el nivel profesional y el manejo de las cuestiones técnicas?

REFERENCIAS

AmCham Perú. (2020). *Guía de arbitrajes virtuales*. https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2020/05/Guia_de_Arbitrajes_Virtuales.pdf.pdf

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. (2008, 1 de septiembre).

3 *Arbitration Unplugged* es un espacio creado por el Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú con el propósito de generar difusión y discusión en materias y prácticas vinculadas al arbitraje internacional a través de distintos formatos en línea como webinarios, pódcast, etcétera. Véase el siguiente enlace: <https://amcham.org.pe/arbitraje/arbitration-unplugged/>