

ENTRE PLAZAS DE TOROS Y CENTROS AGRÍCOLAS: BREVES COMENTARIOS SOBRE EL «CASO CANTUARIAS»

JOSÉ TAM PÉREZ

Abogado por la Universidad de Lima. Doctorado en derecho procesal en la Universidad de Complutense de Madrid. Socio coordinador del área de litigios y arbitraje y del área de inversiones asiáticas en Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Presidente del Capítulo Peruano del CEA y Presidente de la Cámara de Comercio Peruano China. Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

JULIO OLÓRTEGUI HUAMÁN

Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado del área de litigios y arbitraje en Rodrigo Elías & Medrano Abogados. Miembro del Comité Directivo del Capítulo Peruano del CEA. Ha sido representante del CEA –40 (2019–2020). Miembro de Lima Very Young Arbitration Practitioners – LVYAP

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones
Enero–mayo 2021 (1)
Págs. 281–304

Resumen: A través del presente artículo los autores analizarán los hechos ocurridos en Perú (de carácter público) que fueron materia de análisis en el requerimiento de prisión preventiva que llevó el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Corte Especializada en Delitos de Corrupción y que dio como resultado la privación provisional de libertad del árbitro internacional Fernando Cantuarias Salaverry. Los autores concluyen que la fijación y recepción de honorarios arbitrales y las reuniones con las partes no constituyen, a

Abstract: In this article, the authors will analyze the events that occurred in Peru (of public nature) that were the subject matter of the pretrial detention process conducted by the Third Preparatory Investigation Court of the Court Specialized in Corruption Crimes, which resulted in the provisional imprisonment of the international arbitrator Fernando Cantuarias Salaverry. The authors conclude that that the fixing and receipt of arbitration fees and the meetings with the parties do not present, in the light of arbitration practice, any

la luz de la práctica arbitral, irregularidades, demostrándose así la falta de conocimiento y entendimiento del arbitraje, por parte del sistema de justicia ordinaria.

Palabras clave: Arbitraje – Justicia penal – Determinación de honorarios – Arbitrajes ad hoc – Comunicaciones ex parte – Buenas prácticas.

irregularities, thereby demonstrating a lack of understanding between criminal and arbitration justice.

Keywords: Arbitration – Penal justice – Determination of arbitral fees – Ad hoc arbitration – Ex parte communications – Good practices.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. HECHOS DEL «CASO CANTUARIAS». III. LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN ARBITRAJES AD-HOC. 1. *El derecho de los árbitros a la remuneración por sus servicios*. 2. *La determinación de los honorarios del tribunal arbitral en un arbitraje «ad hoc»*. 2.1. ¿Quién es el encargado de fijar los honorarios en un arbitraje ad hoc? 2.2. Mecanismos para determinar honorarios en arbitrajes ad hoc. 3. *¿Qué podemos concluir de los hechos del Caso Cantuarias a la luz de la práctica arbitral?* IV. COMUNICACIONES ENTRE LAS PARTES Y LOS ÁRBITROS. 1. *Los principios de imparcialidad e independencia como base de las comunicaciones*. 2. *Regulaciones nacionales o internacionales sobre las comunicaciones de árbitros y partes*. 2.1. Regulaciones en la legislación peruana y reglamentos de centros arbitrales peruanos. 2.2. Regulaciones en el arbitraje internacional. 3. *Análisis del caso en relación a las comunicaciones de los árbitros con las partes*. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Cuenta una historia que, al llegar los conquistadores españoles a Moray en el Valle Sagrado de los Incas, creyeron encontrar una plaza de toros. Lo cierto es que se trataba de un centro de investigación agrícola conformado por andenes dispuestos como anillos concéntricos, que permitían a los incas experimentar con cultivos a diferentes alturas.

No tenemos certeza alguna sobre la veracidad y rigurosidad de esta historia, pero, de ser cierta, no podríamos culpar a los españoles recién llegados; de hecho, los que visitan Moray por primera vez –antes de la explicación del guía turístico– pueden pensar que se trata de un teatro o coliseo.

Esta distorsión en el resultado de nuestra observación, derivada de una aproximación absolutamente desinformada hacia un objeto o materia de estudio, se puede esperar en casos como el descrito: un europeo del siglo XVI llegado al nuevo mundo, analizando sociedades y objetos desconocidos, tenía un gran riesgo de equivocarse al asociar las estructuras de este nuevo mundo a las que ya conocía¹. La historia mundial de las conquistas y descubrimientos

1. Esta forma de procesar la información podría relacionarse con un sesgo cognitivo conocido como «sesgo de confirmación». De acuerdo Nickerson, el sesgo de confirmación genera que las personas busquemos o interpretemos nueva evidencia o información de forma que favorezca creencias, expectativas o hipótesis que previamente ya teníamos. Nickerson, R., «Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises» en *Review of General Psychology*, Vol. 2., n.º 2, 1998, pp. 175-220.

debe estar plagada de historias con estas: grandes equivocaciones que luego el tiempo y el conocimiento fueron enmendando.

Lo que sí resulta extraño es que al interior de un mismo país y específicamente de un mismo sistema de justicia, algunos vean una «plaza de toros» y otros un «centro de investigación agrícola». Lamentablemente, eso es lo que viene pasando en Perú entre los operadores del servicio estatal de justicia (Poder Judicial y Ministerio Público) y el arbitraje, tal como explicaremos más adelante a través del análisis de un caso real y relativamente reciente.

Si consideramos que arbitraje y proceso son dos técnicas de resolución de conflictos, cada una con peculiaridades y diferencias importantes, pero que comparten bastante más de lo que las separa, parecería extraño que se presente tal desconocimiento mutuo. De hecho, el concepto mismo de proceso (arbitral o judicial) es una abstracción. La materialización del proceso se da a través del procedimiento² y en este punto sí que se presentan muchas diferencias, partiendo por la flexibilidad de uno (arbitraje) y rigidez del otro (judicial). Como es apreciable, el procedimiento varía dependiendo del lugar en el que nos encontremos, incluso entre latitudes adscritas a un mismo sistema jurídico.

Si bien el arbitraje precedió al proceso judicial³, este último se convirtió en la técnica de resolución de controversias de aplicación general, considerando el rol del Estado como prestador exclusivo del servicio de justicia para todos sus ciudadanos. El desarrollo de conceptos como acción y jurisdicción en buena cuenta daban el soporte científico al derecho de todo ciudadano de solicitar al órgano jurisdiccional la resolución de una controversia con carácter definitivo. El arbitraje nunca tuvo esa vocación masiva –aunque la va adquiriendo progresivamente– y siempre estuvo reservado para materias dispo-

2. Monroy, J. «La ampliación del límite subjetivo del convenio arbitral», en Cachón, M. y Franco, J. (coord.), *Derecho y Proceso, Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Barcelona: Atelier, Vol II., 2018, pp. 1595 y 1596. («Aunque puede constituir un valor entendido, conviene precisar que el proceso es una abstracción. En la realidad cotidiana lo que se aprecia, estudia, investiga y mejora es el instrumento técnico empleado para que el proceso se materialice, el procedimiento»).

3. Por ejemplo, como señala Born, podemos encontrar disputas resueltas vía arbitraje desde aproximadamente 2500 a 2400 antes de Cristo. Born, G. *International Commercial Arbitration*, The Hague: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 25. («As in the state-to-state context, some of the earliest reports of commercial arbitration are from the Middle East. Archeological research reports that clay tablets from contemporary Iraq recite a dispute between one Tulpunnaya and her neighbor, Killi, over water rights in a village near Kirkuk, which was resolved by arbitration (with Tulpunnaya being awarded 10 silver shekels and an ox). Arbitration was also apparently well known in ancient Egypt, with convincing examples of agreements to arbitrate future disputes (used alongside what amount to forum selection clauses) included in funerary trust arrangements in 2500 B.C. and 2300 B.C.»).

nibles y tomando como indiscutible origen la voluntad de las partes (aunque ello también se va relativizando)⁴.

Es precisamente esa diferencia en cuanto a sus alcances la que genera importantes diferencias en cada tipo de procedimiento. El Derecho procesal, sustento científico del procedimiento judicial, suele ubicar su «independencia» científica en 1903, en la célebre prolucción del profesor Giuseppe Chiovenda⁵. Buena parte del siglo XX, los estudiosos del proceso estuvieron dedicados al diseño de un único y «todopoderoso» proceso ordinario que sirva para la adecuada tutela de los derechos de todos; postergando así el estudio de procesos sumarios, de ejecución y específicos para situaciones particulares reguladas por el Derecho material. Sin quererlo, Chiovenda y sus discípulos, sentaron las bases de su futuro fracaso: este gran proceso ordinario resultaba ser un «elefante», muy pesado y lento para atender realmente las necesidades de los justiciables, que, más allá de ciencia y diseños procedimentales, exigen soluciones eficientes.

El proceso de Chiovenda ha marcado el desarrollo del proceso en muchos países, incluido el Perú. No haremos un análisis de este desarrollo, dado que dicha tarea escapa al objeto de este trabajo. Solo diremos que, además de sus propias ventajas, el arbitraje empieza a crecer en el Perú cuando las empresas tratan de escapar de esta organización procesal-judicial burocrática, lenta, de procedimientos rígidos y formalidades muchas veces inexplicables para ellas, herederas en buena cuenta del diseño original del proceso ordinario.

Lo que sucede es que, si atendemos al «público usuario» en cada caso, encontraremos justificación a las diferencias sustanciales de procedimiento entre el proceso judicial y el arbitraje. El proceso judicial está pensado para la tutela de los derechos de los ciudadanos, alejándolos de cualquier posible abuso del propio Estado y garantizando un proceso que les garantice el respeto de una amplia gama de principios que en su conjunto configuran el debido proceso. De hecho, tras la Segunda Guerra Mundial, con la constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas, se regulan en las constituciones las garantías mínimas que debe respetar todo proceso judicial⁶.

4. Por ejemplo, tenemos el caso del arbitraje de contrataciones con el Estado en el Perú. De acuerdo con la Ley n.º 30225 «Ley de Contrataciones con el Estado» (y, de hecho, desde 1997 con la emisión de la Ley n.º 26850 «Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado») todas las controversias que tenga el Estado peruano en contrataciones públicas tienen que ser resueltas vía arbitraje o conciliación, no pudiendo estas ser resueltas ante las cortes judiciales, aunque las partes así lo quisieran pactar.

5. Monroy, J. *Introducción al Proceso Civil*, Bogotá: Temis, Tomo 1, 1996, p. 214. («Sin desconocer la trascendencia del pensamiento de los doctrinarios alemanes cuyas ideas han sido desarrolladas, no queda duda de que la ciencia procesal civil reconoce como su creador a GIUSEPPE CHIOVENDA»).

6. Picó i Junoy, J. «El sistema español de garantías constitucionales del proceso», en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, pp. 265-277.

En la lógica del proceso judicial, todas las condiciones y presupuestos procesales deben estar definidas de manera general y previamente al inicio de un proceso específico. Como parte de la protección que otorga la Constitución al ciudadano, está el derecho a no ser sometido a procedimientos distintos de los previamente establecidos y a no ser desviado de la jurisdicción predefinida, o la gratuidad del servicio de justicia. En estos pocos puntos, hay evidentes diferencias con el arbitraje, mecanismo en el que las partes eligen a los árbitros con quienes, además, «diseñan» procedimientos a medida y que, por esencia, implica un pago por los servicios que prestan los árbitros o, de ser el caso, una institución arbitral.

El gran problema es que el mismo artículo de la Constitución peruana que regula los principios y derechos de la función jurisdiccional, es el que contiene el reconocimiento del arbitraje a nivel constitucional⁷.

Si bien es cierto que este reconocimiento constitucional del arbitraje en el Perú ha sido un importante motor de su desarrollo, la fórmula por la que se optó (jurisdicción independiente) y su ubicación en el articulado han generado muchas distorsiones al analizar cada tipo de proceso. El razonamiento imperante en nuestras autoridades es más o menos el siguiente: si es «jurisdicción», tal como reza la Constitución, y además está en el art. 139 (principios y derechos de la función jurisdiccional), la actividad arbitral debe ser «juzgada» exactamente con los mismos parámetros que la actividad judicial, siendo ineludible la aplicación de todas las garantías de debido proceso reguladas en la propia Constitución.

Brevemente hemos tratado de explicar por qué en Perú vivimos esta situación paradójica en la que el arbitraje ha logrado un desarrollo importante, pero seguimos sufriendo la inseguridad que genera una errada aproximación de nuestras propias autoridades judiciales y del Ministerio Público.

Como adelantamos líneas arriba, en el presente trabajo analizaremos las consecuencias negativas de que, al revisar una determinada figura o una práctica legal, la justicia penal y la «justicia arbitral» de un país vean, por un lado, una plaza de toros y, por el otro, un centro de investigación agrícola.

Para esto revisaremos un caso que tuvo lugar a finales de 2019 y que impactó a la comunidad arbitral internacional⁸: la prisión preventiva dictada en

7. Constitución Política del Perú, art. 139.1. («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. No hay proceso judicial por comisión o delegación»).

8. Sanderson, C. «Arbitrators jailed in Peru amid Odebrecht corruption scandal» en *Global Arbitration Review*, 2019, disponible en globalarbitrationreview.com/bribery-and-corruption/arbitrators-jailed-in-peru-amid-odebrecht-corruption-scandal. Sanderson, C. «Peru-

contra del árbitro peruano Fernando Cantuarias Salaverry (en adelante, el Dr. Cantuarias) por, supuestamente, haber participado en el esquema de corrupción estructurado por la empresa Odebrecht a través de su participación como árbitro en un arbitraje *ad hoc* iniciado por una de sus empresas vinculadas en contra del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y que, para fines de este trabajo, denominaremos el «Caso Cantuarias»⁹.

II. HECHOS DEL «CASO CANTUARIAS»

En el marco de las investigaciones sobre la *Operación Lava Jato*¹⁰, la fiscalía peruana emitió un requerimiento de prisión preventiva en contra de un conjunto de árbitros por supuestamente haber participado en el esquema de corrupción perpetrado por la empresa constructora Odebrecht, al haberla favorecido en sendos arbitrajes contra del Estado peruano a cambio de supuestos «sobornos encubiertos». Dentro de este grupo de árbitros se encontraba el Dr. Cantuarias.

A diferencia de muchos de los árbitros investigados, quienes habían participado en múltiples oportunidades como árbitros designados por Odebrecht en arbitrajes en contra del Estado peruano, al Dr. Cantuarias se lo incluyó en la investigación por haber tenido la mala fortuna de desempeñarse como árbitro en una sola de estas controversias¹¹.

El Dr. Cantuarias formó parte, junto con Horacio Cánepa y Franz Kundmüller, del Tribunal Arbitral que resolvió el Caso *Ad Hoc* 032-2012-MARC seguido por la empresa Concesionaria I.I.R.S.A. Norte S.A. contra el Ministerio de Transporte y Comunicaciones en virtud del convenio arbitral contenido en el «Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos

vian arbitrators released on appeal» en *Global Arbitration Review*, 2019, disponible en globalarbitrationreview.com/peruvian-arbitrators-released-appeal.

9. El desarrollo del presente trabajo se basa en una revisión de la información pública vinculada al presente caso, puntualmente: (i) Resolución n.º 8 del 4 de noviembre de 2019 emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Exp. 00029-2017-33, disponible en static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/11/Exp.-29-2017-33-LP.pdf; y, (ii) Resolución n.º 6 del 25 de noviembre de 2019 emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Exp. 00029-2017-33, disponible en www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Exp.%2000029-2017-33-5002-JR-PE-03.pdf; y, (iii) Laudo Final del 21 de agosto de 2013 emitido en el Caso *Ad Hoc* 032-2012-MARC, disponible en transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/Inf_Personal/5382.pdf.
10. Para más información sobre la Operación Lava Jato, de qué trata, qué se descubrió, cómo se descubrió entre otros temas vinculados, ver: www.proetica.org.pe/casos-embematicos/caso-lava-jato/.
11. Habiendo sido designado por la entidad estatal y no por la constructora Odebrecht.

Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del»Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – I.I.R.S.A.”».

Lejos de ser un caso «sencillo» desde un punto de vista procesal, el arbitraje en cuestión contó con más de cincuenta resoluciones (lo que en la práctica arbitral peruana de la época equivaldría a cincuenta órdenes procesales), dos laudos (uno parcial y uno final), una modificación y ampliación de demanda, y reclamos propios de un arbitraje de construcción, tales como el reconocimiento y pago de valorizaciones o el reconocimiento y pago de mayores gastos generales por la ejecución de trabajos.

A raíz de su participación en este arbitraje, el Ministerio Público acusó al Dr. Cantuarias de supuestamente haber cometido cuatro delitos:

- i. Cohecho pasivo específico, por haber recibido indirectamente de Odebrecht, en su calidad de árbitro, un soborno indirecto a través de un elevado honorario arbitral. Conforme señala el Ministerio Público, «*los tribunales arbitrales ad hoc debieron tomar como referencia las tablas aranceles institucionales como la Cámara de Comercio de Lima*»¹². A criterio de la fiscalía, al no haber utilizado dicha tabla, los «elevados» honorarios pagados a los árbitros incluían sobornos indirectos a fin de favorecer a Odebrecht.
- ii. Colusión agravada, porque antes y durante el desarrollo de dicha controversia arbitral, el Dr. Cantuarias se reunió en su condición de árbitro con sus coárbitros, con las partes y sus representantes para acordar: (i) su designación como árbitro; (ii) la designación del presidente del Tribunal Arbitral; (iii) los honorarios del Tribunal Arbitral; y, (iv) la emisión de un laudo parcial a fin de resolver de forma anticipada una de las pretensiones planteadas por la demandada.
- iii. Asociación ilícita agravada, por promover antes, durante y después del proceso arbitral actividades ilícitas de la organización criminal Odebrecht, al mantener reuniones y coordinaciones con sus coárbitros, y con las partes para que lo designen como árbitro y luego para designar al presidente del tribunal arbitral, así como admitir las condiciones de Odebrecht para ser favorecida en la controversia; y,
- iv. Lavado de activos, por recibir de Odebrecht dinero proveniente de sobornos por el proceso arbitral, dinero ilícito y entregado por Odebrecht, que ha sido transferido para evitar la identificación ilícita e incautación.

12. Resolución n.º 8 del 4 de noviembre de 2019 emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Exp. 00029-2017-33, para. 1.8.1.

Amparando la solicitud formulada por el Ministerio Público, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Corte Especializada en Delitos de Corrupción, mediante Resolución n.º 8 del 4 de noviembre de 2019, dictó dieciocho meses de prisión preventiva en contra del Dr. Cantuarias amparando lo alegado por la Fiscalía.

Ante el pronunciamiento del Poder Judicial, los abogados defensores de los catorce árbitros involucrados interpusieron recurso de apelación al considerar que existían serios defectos de motivación y de fondo de la resolución. Este recurso se puso en conocimiento de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en la que se declararon fundados ocho de los recursos de apelación interpuestos¹³ mediante Resolución n.º 6 del 25 de noviembre de 2019.

El presente artículo no tiene como objetivo analizar los tipos penales invocados por la Fiscalía o analizar, desde el punto de vista del Derecho penal y Procesal penal, si se cumplían con los requisitos previstos para la concesión de una prisión preventiva. Lo que busca este artículo es analizar si, a la luz de la práctica arbitral, existieron o no irregularidades en el «Caso Cantuarias». Para esto, nos concentraremos en lo que parecen ser los dos hechos en los que se enfoca la Fiscalía: (i) la determinación de los honorarios del tribunal arbitral; y, (ii) las supuestas reuniones que habrían mantenido las partes y los árbitros para coordinar asuntos tales como la designación de los coárbitros y del presidente, los honorarios de los árbitros y la emisión de un laudo parcial.

Tomando ello en consideración, la metodología que seguiremos será, en primer lugar, realizar un breve repaso teórico de las instituciones arbitrales analizadas por la Fiscalía, para luego aterrizar dicho análisis en los hechos del caso a fin de concluir si, al menos desde un punto de vista objetivo, existieron o no irregularidades dentro del ámbito arbitral.

III. LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN ARBITRAJES *AD HOC*

1. EL DERECHO DE LOS ÁRBITROS A LA REMUNERACIÓN POR SUS SERVICIOS

Una de las principales diferencias que existe entre los jueces nacionales y los árbitros es que, mientras que los primeros reciben un sueldo pagado por el Estado como retribución por su labor de impartir justicia, en el caso de los

13. La Sala declaró fundados los recursos interpuestos por Fernando Cantuarias Salaverry, Mario Eduardo Juan Martín Castillo Freyre, José Humberto Abanto Verástegui, Ramiro Rivera Reyes, Franz Nunzio Fernando Kündmuller Caminiti, Marcos Ricardo Espinoza Rimanchi, Alfredo Enrique Zapata Velasco y Daniel Martín Linares Prado. Así también, declaró fundado en parte el recurso interpuesto por Alejandro Orlando Álvarez Pedroza.

árbitros, son las partes que los designan quienes pagan «de su bolsillo» los honorarios del tribunal y los costos vinculados a la resolución de la disputa.

Esto, lejos de ser una particularidad de la Ley Peruana de Arbitraje¹⁴, se encuentra reconocido en los reglamentos de arbitraje de las principales instituciones a nivel mundial¹⁵, llegando a considerarse como un derecho inherente a la función de árbitro¹⁶, incluso cuando las leyes aplicables no lo establezcan de forma expresa¹⁷.

No obstante, lo importante para este caso es esclarecer lo siguiente: la determinación de los honorarios del tribunal arbitral en este caso particular, ¿presenta, al menos desde un punto de vista objetivo, irregularidades en su determinación? ¿Quién y cómo se determinan los honorarios de un tribunal arbitral en un arbitraje *ad hoc*? ¿Es irregular que los honorarios se hayan pactado a través de un acuerdo en conjunto entre las partes y los árbitros? ¿De verdad existe una irregularidad por no haber aplicado la tabla de aranceles de la Cámara de Comercio de Lima para el cálculo de los honorarios?

A fin de responder estas preguntas, a continuación analizaremos cómo se determinan los honorarios de un tribunal arbitral en arbitrajes *ad hoc* de acuerdo con la práctica arbitral para luego contrastar este marco de reglas y prácticas con los hechos del Caso Cantuarias.

14. Ley Peruana de Arbitraje, art. 71. («Los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso»).
15. Por ejemplo, Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 2010), art. 41.1. («Los honorarios y los gastos de los árbitros serán de una cuantía razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo de dedicado por los árbitros y cuales quiera otras circunstancias pertinentes del caso»).
16. Lew, J. D., Mistelis, L. A., Kröll, S. M., *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International BV, 2003, p. 283. («The principal right of an arbitrator, in return for his obligations, is to receive payment. The arbitrator provides a private dispute resolution service for the parties in accordance with an agreed procedure. In return for this service the arbitrator receives remuneration by way of fees»).
17. Born, G., *International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International BV, Vol. II, 2020, s/n. «Incluso donde las leyes nacionales o los reglamentos arbitrales no prevén expresamente un derecho a esa remuneración, es incuestionable que un árbitro tiene derecho a una compensación económica por sus servicios: esta es una consecuencia obvia de la relación contractual entre las partes y el árbitro, así como una práctica y expectativa consuetudinaria en el arbitraje internacional». Traducción libre de «Even where national law does not expressly provide for a right of remuneration, it is indisputable that an arbitrator is entitled to financial compensation for his or her services in an international arbitration: this is an obvious consequence of the contractual relationship between the parties and the arbitrator, as well as customary practice and expectations in international arbitration».

2. LA DETERMINACIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN UN ARBITRAJE *AD HOC*

A fin de poder entender cómo se determinan los honorarios de un tribunal arbitral en un arbitraje *ad hoc* tenemos que analizar: (i) quién es el encargado de determinar dichos costos; y, (ii) qué criterios se toman en cuenta para realizar esta determinación.

2.1. ¿Quién es el encargado de fijar los honorarios en un arbitraje *ad hoc*?

Como señala Gerbay en su estudio respecto al rol de las instituciones arbitrales, una de las principales «ventajas» que tienen los arbitrajes institucionales frente a los arbitrajes *ad hoc* es que la determinación de los honorarios del tribunal arbitral pasa por estas instituciones, ahorrándole a los árbitros y a las partes el riesgo de malentendidos y errores en su cálculo y determinación¹⁸.

En este sentido, como precisa Waincymer¹⁹, en el caso de los arbitrajes *ad hoc*, la determinación de los honorarios del tribunal arbitral pasa por un acuer-

18. Gerbay, R., *The functions of Arbitral Institutions*, The Hague: Kluwer Law International BV, 2016, p. 38. («Otra ventaja clave del arbitraje institucional consiste en el rol que desempeñan las instituciones en la fijación de los costos del arbitraje. Esto da una medida de previsibilidad a las partes, evitando cualquier potencial incómodo malentendido entre las partes y los árbitros y reduce el riesgo de errores en el cálculo de estos costos»). Traducción libre de «Another key advantage of institutional arbitration concerns the role played by institutions in respect of fixing the arbitration costs. This gives measure of predictability to the parties, avoids any potentially awkward misunderstanding between the parties and the arbitrators and reduces the risk of mistakes in respect of the calculation of these costs».

19. Waincymer, J. M., *Procedure and Evidence in International Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International BV, 2012, p. 338. «En un arbitraje *ad hoc*, los honorarios se determinan mediante negociación y acuerdo entre el árbitro y las partes. Los honorarios deben determinarse al principio, de lo contrario puede haber conflictos en una etapa posterior. Esto no significa que haya que determinar una cifra exacta, sino una metodología apropiada acordada por todas las partes pertinentes. En tales circunstancias, un árbitro tiene el deber particular de actuar con la máxima buena fe y, cuando sea necesario, educar a las partes en cuanto a los parámetros aceptados. Es especialmente importante que todas las partes estén presentes en las deliberaciones *ad hoc* y que se haga todo lo posible para garantizar que una parte no se vea inducida a tratar de conseguir beneficios ofreciendo unos honorarios más altos que los de la otra. Sería particularmente inapropiado permitir que una parte contribuya con una suma más elevada para apoyar las aspiraciones de un árbitro *ad hoc*». Traducción libre de «In an *ad hoc* arbitration, fees are determined by negotiation and agreement between the arbitrator and the parties. Fees should be determined at the outset otherwise there can be conflicts at a later stage. This does not mean an exact figure needs to be identified but instead, an appropriate methodology agreed to by all relevant parties. In such circumstances an arbitrator has particular duties to act with the utmost good faith and where necessary educate the parties as to accepted parameters. It is particularly important to have all parties present for *ad hoc* discussions and do everything possible to ensure that one party is not induced to try and curry favour by offering to support higher fees than the other. It would be particularly inappropriate to allow one party to contribute a higher amount to support the aspirations of an *ad hoc* arbitrator».

do (negociación) entre las partes y los árbitros. Así, la doctrina internacional reconoce como una buena práctica no solo que este concepto sea determinado al inicio del arbitraje (pudiendo claramente ser modificado de forma posterior si las circunstancias así lo ameritan), sino que, a fin de evitar suspicacias sobre alguna conducta inapropiada, toda discusión con los árbitros respecto del monto que se les debe pagar debe tener lugar en presencia de todas las partes en la controversia o de sus representantes²⁰.

2.2. Mecanismos para determinar honorarios en arbitrajes *ad hoc*

Habiendo esclarecido que en los arbitrajes *ad hoc*, la determinación de los honorarios de los árbitros se acuerda entre todas las partes y los propios árbitros, es necesario entender cuál es el mecanismo más idóneo para su fijación, así como los criterios que se tienen en consideración para dicho cálculo.

Al respecto, Born reconoce que en los arbitrajes *ad hoc* existen distintos métodos para la determinación de los honorarios del tribunal arbitral, poniendo como ejemplo el cálculo sobre una tarifa horaria y un mecanismo de reporte de horas a las partes, así como un mecanismo de determinación en base a un *fee* fijo²¹.

En la misma línea, Waincymer explica que, a diferencia del caso de los arbitrajes institucionales, donde los honorarios del tribunal arbitral generalmente son determinados en base al tiempo invertido por los árbitros o sobre la base de una fórmula alineada con las cuantías reclamadas en la controversia, en el caso de los arbitrajes *ad hoc* no es extraño que los árbitros fijen un *fee* fijo sin aplicar ninguna fórmula para su cálculo²².

En una encuesta realizada a 877 individuos de 72 países distintos en el año 2000, John Y. Gotanda determinó que los métodos más utilizados en el caso de los arbitrajes *ad hoc* eran los basados en el tiempo. Con ellos se refería al mecanismo mediante el cual los honorarios de los miembros del tribunal arbitral se determinaban en base a la cantidad de horas o días invertidas en el

20. Blackaby, N., Partasides, C., & Redfern, A., *Redfern y Hunter sobre arbitraje internacional*. Lima: Fontana Editores, 2020, p. 472.

21. Born, G. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 2022.

22. Waincymer, J. M., *Procedure and Evidence in International Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International BV, 2012, p. 340. «Lo mismo es probable que ocurra en un arbitraje *ad hoc* aunque, por supuesto, es posible que simplemente se negocie una tarifa plana sin que se discuta una fórmula subyacente. Los honorarios de contingencia, basados en el resultado de la controversia, serían muy poco éticos y comprometerían las nociones de imparcialidad». (Traducción libre de «The same is likely in an *ad hoc* arbitration although it is of course possible that there will simply be a negotiated flat fee without any discussion of a formula underlying it. Contingency fees, based on the outcome in the dispute, would be highly unethical and would compromise notions of impartiality»).

arbitraje. El autor señala que incluso es posible combinar métodos de fijación distintos, es decir, tarifas diarias para ciertos casos (comúnmente al presentarse a audiencias) y tarifas horarias en el resto de los casos. Desarrollando este punto, el autor establece que otros aspectos que se toman en cuenta para determinar los honorarios arbitrales son los siguientes:

*In ad hoc arbitrations or where the institution does not fix the arbitrator's fees in accordance with a fee schedule, the arbitrator's rates vary depending on the status of the arbitrators, the importance and complexity of the matter, and the prevailing practice where they reside*²³.

Esta aproximación es la que ha sido adoptada por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el cual establece en su art. 41.1 que «Los honorarios y los gastos de los árbitros serán de una cuantía razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo de dedicado por los árbitros y cuales quiera otras circunstancias pertinentes del caso».

Así, el Reglamento de la CNUDMI trae a colación un elemento adicional que también debemos tener en consideración: el monto en disputa.

3. ¿QUÉ PODEMOS CONCLUIR DE LOS HECHOS DEL CASO CANTUARIAS A LA LUZ DE LA PRÁCTICA ARBITRAL?

Considerando lo señalado en las dos secciones previas, corresponde analizar si es que los hechos del Caso Cantuarias presentan alguna irregularidad a la luz de la práctica arbitral.

En primer lugar, la Fiscalía afirma que «está acreditado que el procesado Cantuarias Salaverry solicitó y recibió soborno de S/. 105,934.69 soles, a través del rompimiento de la tabla de referencias de la Cámara de Comercio de Lima»²⁴.

Lo señalado por la Fiscalía es objetivamente incorrecto. Si bien, hasta donde se desprende lo señalado en la Resolución n.º 8 materia de comentario, las partes acordaron que el arbitraje sería uno ad hoc, pero con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, eso no significa que el cálculo de honorarios se tuviera que ajustar a la tabla de honorarios de dicha institución,

23. Gotanda, J. Y., «Setting Arbitrators' Fees: An International Survey» en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 33, 2000, p. 787. Disponible en: //works.bepress.com/gotanda/11/. «En los arbitrajes ad hoc o cuando la institución no fija los honorarios del árbitro de acuerdo con una lista de honorarios, las tarifas del árbitro varían según la condición de los árbitros, la importancia y la complejidad del asunto y la práctica imperante en el lugar donde residen». (Traducción libre).

24. Resolución n.º 8 del 4 de noviembre de 2019 emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Exp. 00029-2017-33, p. 94.

salvo las partes lo hubiesen acordado de forma expresa (toda vez que la tabla de aranceles pertenece a un reglamento distinto al reglamento de arbitraje).

Como vimos anteriormente, la práctica arbitral es unánime al señalar que en los arbitrajes *ad hoc* los honorarios del tribunal arbitral: (i) pueden ser determinados por una autoridad nominadora; o, (ii) pueden ser determinado por los árbitros y las partes de mutuo acuerdo. En todo caso, no existe una regla por la cual los honorarios del tribunal arbitral deban calcularse sobre la tabla de aranceles de alguna institución en particular.

En este caso, no es discutido que los honorarios del tribunal arbitral fueron acordados con participación de todas las partes. De hecho, que los honorarios hayan sido acordados por las partes y los árbitros es una de las imputaciones que la Fiscalía presenta en contra del Dr. Cantuarias. Contrario a lo pretendido por la Fiscalía, como hemos visto previamente, esta clase de acuerdos no solo es permitido, sino deseable, a fin de evitar a futuro posibles inconvenientes con los honorarios a determinarse.

Además, y como mencionó la defensa del Dr. Cantuarias en la Audiencia de Prisión Preventiva²⁵, la Fiscalía incurrió en una serie de errores conceptuales adicionales, vinculados a, por ejemplo, no tomar en consideración para la determinación de los honorarios los impuestos aplicables (impuesto a la renta e IGV correspondiente al monto de las pretensiones), aplicar la tabla de aranceles de la Cámara de Comercio de Lima correspondiente al año 2019, cuando los honorarios del tribunal arbitral se determinaron en el 2012 (siendo la tabla una distinta) y, finalmente, tomar como base para el cálculo de los honorarios el monto finalmente laudado a favor de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana – I.I.R.S.A. (Odebrecht).

Si bien el no considerar los tributos aplicables y aplicar los precios de una tabla que al momento de la fijación de los honorarios (2012) no existían, de por sí configuran errores sumamente graves, queremos hacer énfasis en el último error mencionado en el párrafo anterior: la base sobre la cual se hizo el cálculo.

Dada la naturaleza del proceso penal, al momento de redactar el presente artículo no contamos la mayoría de piezas procesales relevantes para señalar con certeza cual fue el monto exacto utilizado para el cálculo de los honorarios, no obstante, si algo queda claro, es que dicho monto no debió ser, bajo ningún escenario, el monto finalmente laudado por el tribunal arbitral.

Como se desprende del art. 71 de la Ley Peruana de Arbitraje y, a nivel internacional, por ejemplo, del art. 41 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, los honorarios del tribunal arbitral se determinan sobre «*el monto*

25. Al respecto, ver: <https://www.youtube.com/watch?v=tOE7sM1zHIM>.

en disputa». Dicho monto es el reclamado por las partes en sus pretensiones²⁶, no el finalmente decidido por el tribunal arbitral.

Seguir la tesis de la Fiscalía nos llevaría a un escenario absurdo que, a su vez, generaría incentivos verdaderamente perversos a los árbitros. La «creativa» tesis de la Fiscalía nos llevaría a concluir que, si el tribunal arbitral decide rechazar la totalidad de una demanda de indemnización de daños por USD 30 millones, el «*monto de la disputa*» sería cero (lo concedido por el tribunal arbitral) y no los USD 30 millones reclamados por la parte Demandante. Así, los honorarios del tribunal arbitral deberían ser calculados sobre lo otorgado: cero (0).

Esto podría llevar a que los árbitros: (i) se sientan tentados a favorecer a las partes demandantes a fin de garantizar una mayor cantidad de honorarios (lo cual a todas luces sería poco ético); o, (ii) rechacen participar arbitrajes donde, al menos de una apreciación *prima facie*, la parte demandante no tenga la razón (lo cual generaría un verdadero problema sistémico en el arbitraje).

Como hemos explicado, la posición de la Fiscalía no solo demuestra un grave desconocimiento de la práctica arbitral (que de por sí ya es preocupante, sobre todo cuando estas materias fueron tomadas en consideración para privar a un individuo de su libertad), sino que, de aceptarse, tendrían un impacto sumamente negativo en el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

A nuestro criterio, y después de revisar los hechos (de carácter público) del Caso Cantuarias, consideramos que, desde un punto de vista objetivo, parece no existir irregularidad alguna respecto al cómo fueron determinados los honorarios del tribunal arbitral.

IV. COMUNICACIONES ENTRE LAS PARTES Y LOS ÁRBITROS

Como previamente adelantamos, otro de los hechos en los que se enfocó la Fiscalía se refiere a las supuestas²⁷ reuniones / llamadas que habrían mantenido el Dr. Cantuarias, sus coárbitros y los representantes de las partes a fin de acordar: (i) su designación como árbitro; (ii) la designación del presidente del Tribunal Arbitral; (iii) los honorarios del Tribunal Arbitral; y, (iv) la emisión de un laudo parcial a fin de resolver de forma anticipada una de las pretensiones planteadas por la demandada.

26. Y, por ejemplo, en el caso de pretensiones declarativas el del impacto económico que dichas pretensiones podrían tener en la contraparte.

27. Decimos «supuestas» en tanto que la defensa de Fernando Cantuarias ha señalado que muchas de las reuniones que invoca la Fiscalía o no se dieron, o en ellas no participó Cantuarias. En todo caso, para efectos del presente artículo consideraremos que dichas reuniones sí se dieron con los fines que detallamos párrafos arriba.

La pregunta que surge ahora es la siguiente: ¿es irregular que un árbitro se comunique directamente con la parte que lo designó? ¿En qué casos estas situaciones están permitidas y en qué casos prohibidas?

1. LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA COMO BASE DE LAS COMUNICACIONES

Como es sabido, el árbitro tiene la difícil labor de darle solución a una controversia que existe entre las partes y, para ejercer sus funciones de forma óptima, es necesario que actúe con imparcialidad e independencia. Estos dos conceptos han sido definidos con gran agudeza por Lemes, quien señala:

La independencia es definida como el mantenimiento, por parte del árbitro, de un plan de objetividad tal que, en el cumplimiento de su incumbencia, no ceda a presiones ni de terceros ni de las partes. La independencia del árbitro está vinculada a criterios subjetivos y de difícil control y verificación porque se refiere a un estado de espíritu (state of mind)²⁸.

A continuación revisaremos cuál es la regulación, nacional e internacional, respecto a comunicaciones entre las partes y los árbitros a fin de aclarar cuál es el marco que utilizaremos para analizar los hechos del presente caso.

2. REGULACIONES NACIONALES E INTERNACIONALES SOBRE LAS COMUNICACIONES DE ÁRBITROS Y PARTES

2.1. Regulaciones en la legislación peruana y reglamentos de centros arbitrales peruanos

En el caso peruano, si bien no existe una prohibición señalada expresamente en nuestra Ley de Arbitraje en relación con las comunicaciones unilaterales entre el árbitro y una de las partes, no se puede inferir que estas son permitidas en todos los casos sin excepción.

Por ejemplo, en el caso del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, sí existe un reconocimiento normativo expreso desde el año 2017 (en adelante, Reglamento CCL), el cual establece que:

1. *Durante el arbitraje, el árbitro debe evitar comunicaciones unilaterales sobre el asunto controvertido con cualquiera de las partes, sus representantes, abogados o asesores. Si estas comunicaciones tienen lugar, el árbitro debe informar de su contenido al Centro, a la otra parte o partes y a los árbitros.*

28. Lemes, S. M. F (2010). «A independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação». São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem (26).

2. *El árbitro debe ser especialmente meticuloso en evitar tratos personales significativos con cualquiera de las partes, sus representantes abogados o asesores, sin la presencia de las partes*²⁹.

Por otro lado, es importante que hagamos mención en el presente acápite al art. 3 del Código de Ética del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, en el cual se establecen las reglas de conducta que los árbitros deben seguir a lo largo del procedimiento arbitral:

Art. 3.-Reglas de Conducta

Los árbitros deben observar las siguientes reglas:

- a) *Si alguna de las partes contactara al árbitro para efectos de su designación, ello obedecerá a razones atendibles para saber de su disponibilidad y conocimiento de la materia que será sometida a arbitraje. En tal circunstancia, no se debe brindar detalles del caso, sino aspectos generales para que el árbitro pueda definir su aceptación. Asimismo, éste procura informarse de datos relevantes que le permitan, en su oportunidad y de ser el caso, identificar y declarar potenciales situaciones que pueden afectar su independencia o imparcialidad. Ningún árbitro debe proponer activamente su designación*³⁰.

Asimismo, el Reglamento de la Cámara de Comercio Americana del Perú, es su art. 7, hace expresa mención de las comunicaciones que se pueden dar a lugar entre los árbitros y las partes o sus abogados. Así, este reglamento establece lo siguiente:

Art. 7: Comunicaciones con las partes y sus abogados (...)

1. *El árbitro debe evitar comunicaciones sobre el asunto controvertido solamente con una de las partes, sus representantes, abogados o asesores. Si tales comunicaciones tienen lugar, el árbitro debe informar de su contenido al Centro, a la otra parte o partes y a los árbitros. No se consideran indebidas las comunicaciones que tienen por finalidad consultar sobre posibles incompatibilidades respecto a la actuación del propio árbitro o, de ser el caso, al nombramiento del Presidente del Tribunal Arbitral.*
2. *Si un árbitro tiene noticia de que otro árbitro ha mantenido comunicaciones solamente con una de las partes, sus representantes, abogados y asesores, lo pondrá en conocimiento del Centro y de los restantes árbitros para decidir las medidas que deberá adoptarse.*
3. *Ningún árbitro puede, directa o indirectamente, aceptar favores o atenciones de alguna de las partes, sus representantes, abogados y asesores*³¹.

29. Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2017, art. 7.

30. Código de Ética del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, art. 3.

31. Reglamento de la Cámara de Comercio Americana del Perú, art. 7.

De lo revisado podemos observar que, si bien como regla general no se permite que las partes tengan comunicaciones ex parte con el árbitro que han designado, este tipo de comunicaciones sí se permite para: (i) verificar la disponibilidad del posible árbitro a ser designado; y, (ii) coordinar respecto a la designación del presidente del tribunal arbitral.

2.2. Regulaciones en el arbitraje internacional

De igual manera, las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional (en adelante, directrices de la IBA), señalan que:

*7. Salvo acuerdo en contrario entre las Partes, y sujeto a las excepciones que más adelante se indican, un Representante de Parte debe abstenerse de incurrir en cualesquiera Comunicaciones Ex Parte con un Árbitro que se relacionen con el arbitraje*³².

No obstante, las mismas Reglas de la IBA mencionan que no es inapropiado para un representante de parte sostener comunicaciones ex parte en las siguientes circunstancias:

«a) Un representante de Parte se puede comunicar con un posible árbitro nominado por una parte para determinar sus conocimientos, experiencia, habilidades, disponibilidad, disposición y la posible existencia de conflicto de interés.

b) Un Representante de Parte se puede comunicar con un posible o ya designado Árbitro Nominado por una Parte, con el propósito de elegir al Árbitro Presidente.

c) Un Representante de Parte puede, si las Partes están de acuerdo en que tal comunicación es permitida, comunicarse con un posible Árbitro Presidente para determinar sus conocimientos, experiencias, habilidades, disponibilidad, disposición y la posible existencia de conflicto de interés.

*d) Si bien las comunicaciones con un posible Árbitro Nominado por una Parte o Árbitro Presidente pueden incluir una descripción general de la controversia, un Representante de Parte no debe buscar conocer los puntos de vista del posible Árbitro Nominado por Parte o Árbitro Presidente con relación a la sustancia del litigio»*³³.

Por otro lado, el Código de Ética del Centro Iberoamericano de Arbitraje hace expresa mención de la forma en la que se deben desarrollar las comunicaciones entre partes y árbitros, al señalar en su art. V lo siguiente:

32. Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, Directriz 7.

33. Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, 2013. Directriz 8.

Un árbitro debe propugnar la integridad del proceso de arbitraje, de manera de resguardar la confianza que las partes y la sociedad mantienen en el sistema arbitral.

4. Los árbitros deberán abstenerse de mantener comunicaciones con una de las partes o sus asesores sin la presencia de las demás, a menos que su asistencia haya sido formalmente requerida y éstas no concurrieren. De igual modo, los árbitros deberán prescindir de tratar en forma privada con una de las partes cualquier cuestión relacionada con el arbitraje³⁴.

En el 2019, el Club Español de Arbitraje presentó su Código de Buenas Prácticas Arbitrales, en el que se desarrolla en profundidad la forma en la que deben desarrollarse las reuniones de árbitros y las partes. Así, en este documento se establece como una obligación de los árbitros la prohibición de comunicaciones *ex parte*.

87. Todo árbitro o candidato se abstendrá de mantener ninguna comunicación unilateral o ex parte sobre el caso con ninguna de las partes ni de sus abogados, salvo acuerdo en contrario de las partes. Este deber se prolonga desde la consideración de una persona como candidato a árbitro hasta la conclusión del procedimiento arbitral.

88. Se exceptúan de la prohibición anterior las comunicaciones que un candidato a árbitro pueda tener con la parte que lo pretenda designar o con su abogado, siempre que el contenido se limite a:

- a) Informar al candidato de la identidad de las partes y de sus abogados;*
- b) Consultar la disponibilidad del candidato;*
- c) Consultar las cualificaciones del candidato; y*
- d) Facilitar al candidato una breve descripción general del caso.*

89. También se exceptúan de la prohibición anterior las comunicaciones ex parte que un co-árbitro pueda tener con la parte que lo haya designado, o con su abogado, cuando los co-árbitros deban intentar hacer una designación conjunta del presidente, siempre que el contenido de estas comunicaciones se limite a identificar y discutir posibles candidatos.

90. El candidato o el árbitro no tiene obligación de mantener ninguna de las comunicaciones ex parte a las que se refieren las dos excepciones anteriores y, si aceptara tenerlas, deberá informar de su existencia a las demás partes y árbitros.

34. Código de Ética del Centro Iberoamericano de Arbitraje, art. 5.

91. *En cualquiera de las dos excepciones anteriores, ninguno de los participantes podrá expresar ni pedir opinión sobre ningún aspecto fáctico o jurídico, ya sea procesal o sustantivo, del caso*³⁵.

Si bien a nivel internacional, en algunos países, el tratamiento de las comunicaciones *ex parte* puede ser más flexible (por ejemplo, Estado Unidos)³⁶, al igual que los reglamentos nacionales revisados en la sección anterior, los reglamentos de carácter internacional establecen como regla general o «regla de oro», parafraseando al profesor Klaus Peter Berger³⁷, no permitir las comunicaciones *ex parte* entre partes y árbitros salvo que sean para su designación o para coordinar la designación del presidente.

Cabe mencionar en este punto que la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia³⁸ establece que, por motivos de preservación de la imparcialidad e

35. Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje, arts. 87-91.

36. Berger, K. (2015). «Chapter 2: The In-House Counsel Who Went Astray: Ex-Parte Communications with Party-Appointed Arbitrators». En: *Stories from the Hearing Room: Experience from Arbitral Practice (Essays in Honour of Michael E. Schneider)*, Kluwer Law International, pp. 7-16.

37. Ali, Wessel, de Gramont, et al. (2019). «The International Arbitration Rulebook: A Guide to Arbitral Regimes». Kluwer Law International, p. 295. («*The different arbitral regimes differ in the extent to which ex parte communications are prohibited as set out in Table 4.3. The ICDR Rules are among the most comprehensive in addressing the issue of ex parte communications with arbitrators. That is perhaps understandable due to the prevalence in domestic arbitration in the U.S. of Canon X arbitrators, i.e., arbitrators whose role is to advocate a particular party's position in the deliberations of the tribunal. (64) The prohibition on ex parte communications is absolute and comprehensive with respect to any candidate for presiding arbitrator. That said, parties will often jointly interview a sole arbitrator candidate. This is not considered an ex parte communication. The same is true when the two party-appointed arbitrators jointly interview a presiding arbitrator candidate*»). Ver también Rogers, C. (2013). «Chapter 5: Guerrilla Tactics and Ethical Regulation. En: *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. Kluwer Law International, p. 331. (*In most civil law systems, it is not necessarily presumed that both parties will always be present during proceedings with the judge. If, for example, in some European systems, an attorney arrived at a hearing at which opposing counsel was either absent or late in arriving, it would be considered perfectly appropriate for the judge to discuss with the present attorney various aspects of the case. In the US, the same conduct might well result in a motion to disqualify the judge and an ethics complaint against the lawyer. The US judicial and attorney ethics entail almost absolute restrictions against ex parte communications, except in very rare procedural contexts. In an unexpected counter-punch, notwithstanding the stringent US rules prohibiting ex parte communications, domestic US arbitration rules permit parties to communicate throughout arbitral proceedings with their party-appointed arbitrators, even about crucial issues involving strategy. While Chinese and continental systems tolerate some ex parte communication in adjudication, the approach adopted by US domestic arbitration extends well beyond that level. In yet another apparent about-face, American attorneys have been known to challenge ex parte practices in the Chinese arbitration system, where the arbitrator, like the Chinese judge, will act as a mediator in the same case in which the person presides as ultimate arbiter*»).

38. En este sentido se pronuncian los siguientes autores en los trabajos señalados: Walsh, T. W.; Teitelbaum, R. «The LCIA Court decisions on challenges to arbitrators: an introduction» en *Arbitration international*, 2011, vol. 27, n.º 3, p. 283-314; Kun, F. *An empirical*

study of arbitrators acting as mediators in China. Cardozo J. Conflict Resol., 2013, vol. 15, p. 777 Asimismo, en lo que respecta a la jurisprudencia, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (Número de Referencia UN3490 y 0256). («The LCIA Court has had the occasion through the decisions on arbitrator challenges to provide broad guidelines regarding ex parte communications between an arbitrator and a party or counsel. A Division of the Court has opined that it is not absolutely 'unacceptable in all circumstances for an arbitrator to hold meetings with representatives of only one party', but that such private meetings are 'not to be recommended, as they may lead the other party, or an outside observer, to suspect a lack of impartiality on the part of the arbitrator'. Ex parte meetings without the knowledge of the other party that address issues in the arbitration are 'a step too far'. This guidance was provided in the decision of the aforementioned challenge in LCIA Reference n.º UN3490 (October 21, and December 27, 2005). In that matter, the transgressions of the sole arbitrator included two ex parte meetings with claimant's counsel in the arbitrator's breakout room. These meetings were held without the knowledge or consent of the respondent, and the arbitrator and counsel discussed topics which the Division determined to be issues material to the arbitral proceedings, namely, the possible addition of claimant's expert witness to claimant's legal team, and a possible breach of confidentiality by the respondent. The Division held that, in light of the circumstances under which the ex parte meetings took place and the issues that were discussed in those meetings, 'a fair-minded and informed observer would have concluded that there was an appearance of bias, and that there was also a real possibility that the arbitrator was actually biased'.

LCIA Reference n.º 0256 (February 13, 2002) and LCIA Reference n.º 0252 (July 1, 2002) involve additional examples of ex parte meetings and communications that Divisions of the LCIA Court held to be inappropriate, but on only one occasion considered to be evidence of bias. The sole arbitrator in Reference n.º 0256 was challenged by claimant as a result of the arbitrator having held a substantive hearing with the respondent, but without the attendance of claimant. The arbitrator had given the parties notice that the hearing was cancelled. However, when the respondent travelled to London on the hearing date, the arbitrator met with the respondent and agreed to hold the hearing the following day. The claimant, who was given notice by the arbitrator of his intention to meet with respondent, was unable to travel from the United States in time to attend the hearing. The Division decided that the arbitrator's discussion of the merits of the case with respondent's counsel in the absence of the claimant was 'an error of judgment' and that by giving the claimant less than 24-hours notice of the re-arranged hearing, 'the Arbitrator had failed to act fairly as between the parties'. To determine whether the arbitrator's behaviour demonstrated bias, the Division reviewed the manner in which the arbitrator had conducted the proceedings as a whole. The Division was persuaded that the arbitrator had 'done what he had thought to be right', and, accordingly, the Division saw 'no reason to doubt his impartiality or independence'. The LCIA Court has had the occasion through the decisions on arbitrator challenges to provide broad guidelines regarding ex parte communications between an arbitrator and a party or counsel. A Division of the Court has opined that it is not absolutely 'unacceptable in all circumstances for an arbitrator to hold meetings with representatives of only one party', but that such private meetings are 'not to be recommended, as they may lead the other party, or an outside observer, to suspect a lack of impartiality on the part of the arbitrator'. Ex parte meetings without the knowledge of the other party that address issues in the arbitration are 'a step too far'. This guidance was provided in the decision of the aforementioned challenge in LCIA Reference n.º UN3490 (October 21, and December 27, 2005). In that matter, the transgressions of the sole arbitrator included two ex parte meetings with claimant's counsel in the arbitrator's breakout room. These meetings were held without the knowledge or consent of the respondent, and the arbitrator and counsel discussed topics which the Division determined to be issues material to the arbitral proceedings, namely, the possible addition of claimant's expert witness to claimant's legal team, and a possible breach of confidentiality by the respondent. The Division held that, in light of the circumstances under which the ex parte

independencia, no es recomendable la existencia de reuniones y comunicaciones privadas con los representantes de una parte fuera de los supuestos antes mencionados, puesto que podrían generar sospechas en la parte relegada; pero esta no es inaceptable en todos los casos, dado que se puede presentar una excepción en los casos que se celebren con conocimiento y permiso de la otra parte.

Ahora, un lector atento se dará cuenta que las directrices y reglamentos que hemos citado han sido emitidas, en muchos casos, después del año 2012 (año en que se inicia el arbitraje *ad hoc* materia de análisis), por lo que podrían considerar que las reglas que estamos revisando no se aplicarían a los hechos del Caso Cantuarias en tanto que reflejan una práctica «moderna» que no se ajusta al tiempo en el que se dieron los hechos materia de análisis.

Al respecto tenemos que señalar que, si bien estas directrices y reglamentos son más «modernos», estos no tienen una vocación de «crear» una determinada práctica arbitral, sino de positivizarla. En otras palabras, lo que las directrices y reglamentos recogen en sus reglas son las prácticas que el sistema arbitral ha desarrollado con el tiempo y que, en su momento, pasan a estar codificadas en distintos cuerpos de *soft law* o reglamentos arbitrales.

Así las cosas, en nuestra experiencia, las reglas que hemos revisado recogen prácticas que eran plenamente utilizadas, sin estar necesariamente codificadas, por lo que las utilizaremos para analizar la regularidad de los hechos del Caso Cantuarias.

meetings took place and the issues that were discussed in those meetings, 'a fair-minded and informed observer would have concluded that there was an appearance of bias, and that there was also a real possibility that the arbitrator was actually biased'.

LCIA Reference n.º 0256 (February 13, 2002) and LCIA Reference n.º 0252 (July 1, 2002) involve additional examples of ex parte meetings and communications that Divisions of the LCIA Court held to be inappropriate, but on only one occasion considered to be evidence of bias. The sole arbitrator in Reference n.º 0256 was challenged by claimant as a result of the arbitrator having held a substantive hearing with the respondent, but without the attendance of claimant. The arbitrator had given the parties notice that the hearing was cancelled. However, when the respondent travelled to London on the hearing date, the arbitrator met with the respondent and agreed to hold the hearing the following day. The claimant, who was given notice by the arbitrator of his intention to meet with respondent, was unable to travel from the United States in time to attend the hearing. The Division decided that the arbitrator's discussion of the merits of the case with respondent's counsel in the absence of the claimant was 'an error of judgment' and that by giving the claimant less than 24-hours notice of the re-arranged hearing, 'the Arbitrator had failed to act fairly as between the parties'. To determine whether the arbitrator's behaviour demonstrated bias, the Division reviewed the manner in which the arbitrator had conducted the proceedings as a whole. The Division was persuaded that the arbitrator had 'done what he had thought to be right', and, accordingly, the Division saw 'no reason to doubt his impartiality or independence'»).

3. ANÁLISIS DEL CASO EN RELACIÓN CON LAS COMUNICACIONES DE LOS ÁRBITROS CON LAS PARTES

Resumiendo los hechos del Caso Cantuarias, la Fiscalía considera que se han cometido una serie de delitos en tanto que los árbitros y las partes mantuvieron supuestas reuniones / llamadas con la finalidad de acordar: (i) la designación del Dr. Cantuarias como árbitro; (ii) la designación del presidente del Tribunal Arbitral; (iii) los honorarios del Tribunal Arbitral; y, (iv) la emisión de un laudo parcial a fin de resolver de forma anticipada una de las pretensiones planteadas por la demandada.

Conforme hemos visto en las dos secciones anteriores, la práctica arbitral recogida en reglamentos arbitrales peruanos e internacionales, así como en cuerpos de *soft law*, reconocen como válido que una parte mantenga comunicaciones previas a la constitución del tribunal arbitral con un árbitro a fin de consultar su disponibilidad para asumir el cargo de árbitro. En este sentido, de haberse dado las llamadas / reuniones entre el Dr. Cantuarias y los representantes del MTC para coordinar su designación como árbitro, estas no representarían irregularidad alguna.

De hecho, en nuestra experiencia, no contactar a un árbitro previamente a su designación a fin de asegurar que tiene disponibilidad, o que no mantiene ningún conflicto de interés con alguna de las partes equivale a una irresponsabilidad, en tanto que esto podría llevar a que el árbitro rechace la designación, atrasando el avance del arbitraje semanas o, en casos más extremos, meses.

La misma lógica se extiende a la designación del presidente del tribunal arbitral. Hoy en día se reconoce el interés que tienen las partes en la designación del presidente (quien tendrá a su cargo la dirección del arbitraje), por lo que es aceptado que las partes tengan comunicación con los coárbitros respecto de posibles candidatos a designar para el cargo.

Ya hemos comentado lo referido a la determinación de los honorarios del tribunal arbitral. En todo caso, volvemos a señalar que no solo no es irregular, sino que es deseable que la determinación de los honorarios del tribunal arbitral pase por un acuerdo tanto de las partes como de los árbitros.

Finalmente, tampoco consideramos irregular que las partes hayan coordinado con los árbitros la emisión célere de un laudo parcial. No es poco común que las partes y los árbitros determinen con anticipación qué actuaciones arbitrales tendrán lugar y la importancia de cada una. Así, no es raro que las partes y los árbitros acuerden que un arbitraje tendrá uno o muchos laudos (por ejemplo, en los casos donde se bifurca el arbitraje en jurisdicción y méritos, desde el inicio se sabe que el tribunal arbitral emitirá primero un laudo

determinando su competencia para, posteriormente, resolver el fondo de la controversia).

En este sentido, consideramos, desde un punto de vista objetivo, que no se han dado irregularidades respecto a las supuestas reuniones / llamadas que hayan podido mantener los árbitros y los representantes de las partes. Por el contrario, mantener comunicaciones con el árbitro o presidente antes de la designación para confirmar su disponibilidad es considerado una buena práctica y no una práctica irregular.

V. CONCLUSIONES

A través del presente artículo hemos intentado dar algunos alcances sobre los problemas que surgen cuando el Poder Judicial, el Ministerio Público y la justicia arbitral hablan «idiomas» distintos o, utilizando un ejemplo similar al de la historia de Moray, cuando una ve en determinadas conductas indicios de ilícitos penales, mientras que la otra solo ve prácticas arbitrales completamente regulares e incluso, buenas prácticas.

Si bien el Perú cuenta con una ley de arbitraje muy moderna y con una cantidad de arbitrajes per cápita bastante elevado (debido, en gran parte, a que las disputas de contrataciones con el Estado se resuelven en vía arbitral), situaciones como las que se han dado en el Caso Cantuarias nos demuestran que, lamentablemente, aún debemos trabajar mucho para poder consolidarnos comouna sede de arbitraje plenamente confiable a nivel internacional. Como sabemos, para ello necesitamos un Poder Judicial que cumpla su labor de control, pero desde el entendimiento del arbitraje y sus prácticas. En este caso se privó de su libertad a un árbitro que solo cumplió con la función para la que fue convocado. Una situación que no se debe repetir.

