

Entrevista: Diálogo con el Dr. Gianfranco Raúl Ferruzo Dávila

Entrevistador: Gerardo Pajares Gamarra

Publicado: 30/03/2018*

Introducción

Entrevista al abogado Gianfranco Raúl Ferruzo Dávila, quien es abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, con estudios de especialización en Arbitraje Comercial e Inversiones por la Universidad de Lima y Arbitraje en Contratación Pública por la Universidad ESAN, con práctica legal tanto en derecho privado como en derecho público, actualmente se desempeña como Socio en el Estudio Capuñay Abogados.

Cuestionario

Puesto que nos encontramos en tiempos futboleros, por usar la primera imagen que se me viene a la cabeza, y conociendo que la referencia no será de sus favoritas, pero en tanto, la amistad que nos une desde hace algunos años permite ciertas licencias a éste entrevistador, que solamente quiere desde un inicio del partido (al que se enfrentará usted versus a las preguntas planteadas por el Grupo de Estudios de Derecho Corporativo), dejar en claro que pondrá todos sus esfuerzos en hacer de un réferi o árbitro imparcial en esta entrevista jurídica, y que le pide, que más allá de las formalidades con la que suelen responder los abogados tradicionales, y lejos del lenguaje académico tradicional, confesar en primer lugar su amor respecto al arbitraje, a efectos de proceder con las preguntas. En ese sentido, le preguntamos **¿Qué es el arbitraje para usted?**

Ante todo, quiero agradecer la oportunidad que el Grupo de Estudios de Derecho Corporativo de la UNFV me permite para compartir contigo sobre una especialidad en nuestra carrera tan apasionante como amplia. Espero que esta corta entrevista pueda conllevar a más personas interesarse en el arbitraje y, desde sus múltiples ópticas, aportar a este sistema resolutor de conflictos.

Atendiendo a la pregunta. Podríamos definir teóricamente al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias heterocompositivo, en donde las partes eligen a este o estos terceros resolutores llamados árbitros, para que pongan fin a las controversias que ellas mismas no pudieron solucionar. La decisión de estos terceros goza de calidad de cosa juzgada, es decir pone fin absoluto a la controversia, y se ejecuta como sentencia ante el incumplimiento de cualquiera de las partes.

Pero el arbitraje va a un poco más allá de la definición teórica que hemos dado, para mí, el arbitraje es una forma que poseen las personas de solucionar sus controversias “a la medida” dentro de un foro de legitimidad y confianza.

Dentro de lo que se conoce como “Teoría de los Conflictos” se habla de la Legitimidad como sustento de los mecanismos alternativos de solución de controversias. Un mecanismo es legítimo cuando las partes en controversia tienen la oportunidad de participar activamente en el mismo, desde la elaboración de las reglas de juego, como en la elección del tercero que solucionará el conflicto, así como durante todo el proceso, etc. Lo antes mencionado genera inevitablemente Confianza, confianza en el proceso, confianza en el resolutor, confianza en el resultado, etc.

Ese es el plus del arbitraje y una gran diferencia con el proceso judicial ordinario, ya que las partes en controversia no poseen esa libertad de elegir a su juez o elegir las reglas procesales que mejor convengan a la situación conflictiva, simplemente deben limitarse a esperar el resultado e impugnarlo si no están satisfechas.

Si bien es cierto por regulación normativa no existe apelación en el arbitraje, las partes si lo desean –y utilizando la libertad que poseen– podrían pactarlo válidamente, pero generalmente no lo hacen, porque su participación en todo el mecanismo da legitimidad al mismo, incluso al resultado, les sea favorable o adverso.

Es por ello que las partes son muy cuidadosas al momento de “formar” su arbitraje, eligiendo especialistas en la materia conflictiva, eligiendo abogados especialistas para su defensa, estableciendo plazos y reglas procesales de acuerdo a las necesidades del conflicto, participando activamente en las audiencias, etc., etc., etc.

¿El crecimiento del arbitraje buscar ser una alternativa de reemplazo al poder judicial, o es un noble sueño eso de “democratizar” en el sentido de “popularizar” el arbitraje?

El Perú es uno de los países donde más se arbitra, tanto en lo que respecta a cantidad de arbitrajes, como en lo que respecta a los “sectores” donde se usa el arbitraje.

Es por ello que tenemos arbitraje comercial, arbitraje de inversiones, arbitraje en materia de contratación pública, arbitraje de consumo, arbitraje laboral, arbitraje en bolsa de productos, arbitraje societario, arbitraje en expropiaciones, arbitraje sucesorio, y un larguísimo etc.

Incluso arbitraje popular.

Pese a todo ello, es imposible que el Arbitraje sea una alternativa de reemplazo al Poder Judicial, y esto se debe a que el Poder Judicial es poder y obligación del Estado de resolver TODOS los conflictos que se originan dentro del mismo y son puestos en conocimiento de los jueces, en cambio el Arbitraje no, el arbitraje no posee esa vocación de permanencia, la función arbitral nace con la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral y muere con la emisión del laudo y SÓLO se discute en el arbitraje aquellas materias que son de libre disposición de las partes o que hayan sido autorizadas por ley o tratado internacional.

El arbitraje no es ni un reemplazo ni un competidor del Poder Judicial, simplemente es un medio alternativo de solución de controversia que tiene la ventaja, entre otras, de no tener la abrumadora carga procesal que sí tiene el Poder Judicial, pero que también tiene limitaciones, como lo es el no poder emplear el uso de la fuerza pública que sigue estando en monopolio del Estado.

Y en la actualidad los jueces han comprendido ello, de hecho, jueces y árbitros han desarrollado muy buena química a tal punto que desde hace varios años ya en el Perú se desarrolla un encuentro anual de jueces y árbitros en donde ambos comparten experiencias que enriquecen ambas formas de solucionar conflictos.

¿Quién debe ser el jugador estrella: el árbitro o los abogados de las partes?

Es muy común oír –en el mundo arbitral– la frase que dice “el arbitraje vale lo que vale el árbitro” y es verdad, esto se debe a que un buen arbitraje se desarrolla de mejor

manera cuando hay buenos árbitros, pero todo en el arbitraje depende de las partes, ellas son dueñas del proceso y ellas son las únicas responsables del mismo y estas reaccionan a través de sus abogados.

He tenido la oportunidad de participar en arbitrajes en donde hay partes muy proactivas con abogados muy proactivos que muchas.....veces no te dejan respirar; presentan un escrito, el Tribunal emite una resolución, ya la están absolviendo, ya están presentando una nueva prueba, ya están pidiendo Audiencia Especial, etc., etc., etc. Pero también he tenido procesos en donde las partes son más “tranquilas” y los árbitros más “tranquilos”, estos últimos tienden a durar más de un año.

Así que, no sé si hay un “jugador estrella” pero lo que sí sé es que, para que haya un buen arbitraje debe haber un buen balance químico entre los árbitros y las partes (incluido los abogados), esto es, un para que haya un buen arbitraje es necesario un “buen equipo”.

¿Qué tan importante es el arbitraje en el ámbito comercial?

Muchísimo, permite crear un foro neutral y especializado para la rápida solución de las controversias comerciales.

En lo que respecta al Poder Judicial, los Jueces Comerciales son muy probos y especializados en su materia y eso es muy loable, pero la carga procesal tiende a perjudicar la solución de las controversias, como dice el refrán “justicia que demora no es justicia” y como dice otro refrán “un proceso es pelear una vaca y ganar una gallina”.

No es lo mismo pelear un sol y recibirlo el siguiente año que recibirlo de acá a cinco años, y esto se debe al costo del valor del dinero en el tiempo. La celeridad del arbitraje es otra de las características que hace atractivo este mecanismo para la solución de las controversias comerciales.

¿Por qué es tan popular el arbitraje en contrataciones con el estado? Los abogados hemos encontrado un nuevo santo grial.

No, el arbitraje no es un santo grial, ni una panacea, ni una piedra filosofal, el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias y ha tenido bastante éxito en materia de contratación pública, con algunos lamentables malsonados casos de corrupción, por la propia naturaleza de la contratación pública. Me explico.

El Estado contrata, como también lo hacen los privados, para satisfacer necesidades y así como los privados pueden contratar con proveedores internacionales, el Estado también puede hacerlo. Un extranjero puede participar de un Procedimiento de Selección con miras a contratar con el Estado.

Y para captar mayor cantidad de postores, atraer inversiones y generar más dinamismo a la economía, era necesario que el Estado cree un foro neutral en donde el mismo no sea juez y parte a la vez, es decir, era necesario que las controversias contractuales en donde una parte era el Estado no sean resueltas en su propio Poder Judicial sino un foro que permita la igual procesal de las mismas, de allí en que el Estado use el arbitraje para contratos públicos, de allí en que poseamos el llamado “Arbitraje en Contrataciones del Estado”.

¿Cómo mejorar la calidad de los arbitrajes de contrataciones con el Estado?

Con especialización, la especialización en el arbitraje lo es todo, el arbitraje es como un cascarón y los actores lo van llenando de contenido en atención a la práctica y a la propia naturaleza de la institución, a modo de ejemplo, yo inicié estudiando Contratación Pública pensando que era lo mismo que Derecho de Contratos aplicado al Estado, sin embargo, me di cuenta que era un mundo completamente diferente con sus particularidades propias de la especialidad, sucede lo mismo con el Arbitraje en Contratación Pública.

El Sistema Arbitral en materia de contratación pública se encuentra bastante bien regulado (la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y múltiples Directivas así lo atestiguan), para ser árbitro en contratación pública se establece una gran cantidad de requisitos y se pide bastante especialización.

Entonces, ¿por qué falla el sistema? Por los actores, el problema no está en el arbitraje, el problema está en los actores, siempre que exista demanda de árbitros corruptos existirá oferta de árbitros corruptos. La relación corruptiva implica necesariamente un Corruptor y un Corrompido.

Para mejorar la calidad de los arbitrajes en contratación pública hay que expurgar a todo aquel mal árbitro y toda aquella mala parte.

El Tribunal de Contrataciones del Estado tiene la potestad de sancionar con inhabilitación definitiva a todos aquellos malos contratistas que usan la contratación pública para perjudicar al Estado, de igual modo, el “Colegio de Arbitraje Administrativo” debería retirar a todos aquellos malos árbitros del Registro Nacional de Árbitros para que no puedan arbitrar en contratación pública nunca más, ya que no solo dañan al Estado (y en última ratio a todos nosotros) sino también dañan al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Es muy común alabar a nuestra Ley General de Arbitraje, pero ¿podría usted comentarnos algunas críticas que tenga a la misma?

La Ley de Arbitraje ha sido muy loada por ser bastante fiel a la Ley Modelo UNCITRAL y por haber regulado bastantes innovaciones de la práctica internacional, como lo es la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias o el pedido post laudatorio de exclusión.

Sin embargo, no deja de ser una obra humana y como tal siempre es plausible de mejorar, la práctica arbitral viene evolucionando y eso va a conllevar en algún momento modificar la Ley de Arbitraje con miras a mantenerla actualizada y útil para el arbitraje, para así contener soluciones a situaciones grises en lo que respecta, a modo de ejemplo, conductas que podrán entenderse o generar conflictos de interés, el empleo de las llamadas tácticas de guerrilla, las implicancias económicas del financiamiento por terceros en la condena de costos y costas, etc.

No digo que todo deba ser regulado, eso es imposible y completamente contraproducente, pero lo que sí digo es que la ley debe contener los criterios suficientes que sirvan de herramienta a los árbitros para solucionar esos puntos grises que se generan en la práctica.

¿Qué supuestos generan responsabilidad del árbitro? ¿Y quién supervisa la calidad de su trabajo, es el mercado? Con especial énfasis en el incumplimiento de obligaciones de carácter ético.

Hablar de responsabilidad de los árbitros es hablar de un tema que pareciese ser pacífico, pero no lo es, lo cierto es que por como está redactada la Ley de Arbitraje la responsabilidad de los árbitros se asemeja a la responsabilidad contractual por más que la Constitución entienda al arbitraje como una jurisdicción.

En ese sentido, el artículo 32° de la Ley refiere que el árbitro incurre en responsabilidad cuando incumple con el encargo por dolo o culpa inexcusable, esos son los únicos grandes supuestos.

En lo que respecta a la calidad del trabajo y las conductas de los árbitros, son las propias partes los que la supervisan, si un árbitro hace un pésimo trabajo o tiene una conducta reprochable en el arbitraje, aparte de la responsabilidad en la que incurre, las partes definitivamente no lo volverían a designar como árbitro e incluso lo castigarían corriendo la información respecto a su pésimo trabajo o conducta con otros actores en el Mercado, al menos eso es así en los arbitrajes ad hoc.

En el caso de los arbitrajes institucionales un pésimo trabajo o una mala conducta del árbitro puede conllevar no solo a lo antes mencionado, sino a que el Centro de Arbitraje lo excluya de su nómina y no vuelva a arbitrar allí.

Por otro lado, dentro del desarrollo del proceso arbitral, el incumplimiento de conductas éticas es causal de recusación cuando existe un código deontológico que así lo establece, como es el caso de la contratación pública y algunos centros de arbitraje, a modo de ejemplo.

Siempre es un placer conversar con jóvenes abogados villarrealinos que destacan en diversas ramas, pero es doblemente agradable al reconocer que el ámbito de su especialización no se encuentra dentro de las prácticas tradicionales que uno esperaría proviniendo de una Facultad de Derecho con una malla orientada al litigio tradicional, es decir, a la resolución de conflictos en el Poder Judicial.

En ese contexto, nos gustaría conocer un poco más sobre usted, si nos lo permite:

¿Cuáles fueron las razones que lo motivaron a especializarse en el Arbitraje?

Siempre he creído que uno tiene la obligación de aportar a su sociedad y estando en el mundo del Derecho con mayor razón aún, es como el areté de los griegos, el zapatero debe dar los mejores zapatos y el productor de vinos los mejores vinos. Creo que todos los abogados desde nuestra especialidad aportamos directa o indirectamente a la sociedad.

Como bien señalas, en las facultades tradicionales nos enseñan a litigar pero no nos enseñan a solucionar conflictos. Encontré en los llamados “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos” una forma en la cual puedo aportar y me siento contento de ello.

Hay una frase del profesor Gozaíni que me marcó bastante y dice así “el árbitro no hace justicia, no crea derecho, solamente pacifica”.

A pesar de que hay mucho ego en el mundo arbitral, nunca he visto al Árbitro como un juez sino como un resolutor de conflictos y como tal creo que tiene la gran responsabilidad de aportar en la solución de los conflictos que han sido puestos en su conocimiento.

¿Quiénes fueron los profesores o abogados que influyeron en su formación?

La lista sería demasiada larga y siempre correría el riesgo de olvidar muchos nombres, ya que no sólo te influyen profesores o abogados con los que llevas cursos o ejercer la profesión, sino que también te influyen profesores y abogados que puede que no los conozcas físicamente pero que has leído y te han marcado incluso aunque te separen años o siglos de diferencia.

Pero, al menos en la Facultad recuerdo con bastante estima las clases de “Teoría General del Proceso” del profesor Jorge Andújar Moreno las cuales me motivaron a conocer más sobre los llamados “Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias”. Fuera de la Facultad recuerdo mis prácticas con el profesor Carlos Soto Coaguila las cuales me motivaron a seguir especializándome en el Arbitraje; entre otros abogados y profesores que si bien es cierto no he nombrado, aportaron directa o indirectamente en mi formación y especialidad.

¿Mencione tres libros indispensables para aprender sobre Arbitraje?

El que está interesado en comenzar a conocer el Arbitraje debería leer mínimamente:

“Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional” de Martín Hunter, Alan Redfern, Constantine Partasides y Negel Blackaby.

“El Contrato de Arbitraje” de Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa y otros.

“Arbitraje comercial y de las inversiones” de Fernando Cantuarias Salaverry

Y para conocer su Ley de Arbitraje, los “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje” de Carlos Soto Coaguila y Alfredo Bullard González.

¿Se nace arbitro o las facultades de derecho juegan un rol determinante en la formación de éste?

Yo soy de los que creen que nadie nace sabiendo, todo se aprende. Como decía el profesor Suzuki “todos los niños japoneses hablan japonés” es decir, todos aprenden leyendo y practicando. En las facultades de derecho tradicionales nos enseñan a leer, y ya depende de cada uno de nosotros practicar lo aprendido, sin embargo considero que las facultades de derecho deberían impulsar a los estudiantes a la práctica y una buena manera de hacerlo es a través de las simulaciones en los “Moot Courts”.

¿Algún consejo a las nuevas generaciones de abogados que se encuentran estudiando en universidades públicas?

Sólo una, y no solo para los estudiantes de derecho de universidad públicas sino para todos en general, apliquen el Decálogo del profesor Couture, estudien, trabajen, sean leales, pacientes, en otras palabras, aprendan y vivan su carrera (y especialidad) con pasión.

***Artículo publicado el 30/03/2018**