



DEPÓSITOS POR CTS

Obligaciones y derechos para empleadores y trabajadores

Págs. 4 y 5 Anna Vilela - Irina Valverde

Págs. 2-3

NIIF 17: ¿Qué desafíos enfrentarán las aseguradoras peruanas? Retos para una nueva estructura de gobierno corporativo. **Simona Settineri.**

Págs. 6-7

APRECIACIONES CORRECTAS. El deber de revelación y la anulación de laudos, desde una perspectiva de la jurisprudencia comparada. **Adrián Simons Pino.**

Pág. 8

ACONTECIMIENTOS Y PERSONAJES. El bicentenario y el constitucionalismo americano. Visión desde una perspectiva holística e integradora. **Eduardo Melchor Arana Ysa.**

LA NIIF 17, LA NUEVA ESTRUCTURA DE GOBIERNO CORPORATIVO

Las aseguradoras peruanas

SIMONA
SETTINERI

Abogado. Socia - líder de la práctica de Capital Markets & Accounting Advisory Services de PwC.



ES EL MOMENTO DE QUE LAS ENTIDADES REGULADORAS REVISEN EL ENFOQUE LOCAL DADO AL RECONOCIMIENTO, MEDICIÓN POSTERIOR Y REVELACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SEGURO, A FIN DE BUSCAR COMPARABILIDAD Y UNA MEJOR MEDICIÓN DE LOS ACTIVOS QUE LOS RESPALDAN, Y LOS PASIVOS QUE REFLEJAN REALES OBLIGACIONES DE LAS COMPAÑÍAS.

finir los componentes a incluir o remover de una determinada tasa de mercado, ya sea la prima de iliquidez que debe añadirse a la tasa libre de riesgo –enfoque *bottom-up*– o a los componentes de riesgo de *default* y otras primas que deberán ser removidas de los rendimientos de las inversiones que respaldan las obligaciones de seguros –enfoque *top-down*–. A esto podemos agregar que la estimación del ajuste por riesgos no financieros también presenta un desafío para las compañías de seguros, puesto que estas deben definir una metodología que permita proyectar la compensación que la entidad requiere para reflejar la incertidumbre acerca de los importes y oportunidad de ocurrencia de los flujos de efectivo asociados a los riesgos de seguros, a medida que la compañía va realizando sus obligaciones contractuales.

Todos estos cambios son enormes en el ámbito operativo, así como demandantes por el análisis requerido de los flujos de efectivo. Las compañías de seguro tienen la tarea de desarrollar una nueva estructura de gobierno

Tener presente

En relación con la emisión de la NIIF 17, el IASB estableció un Grupo de Recursos de Transición (GRT) para proporcionar un foro público a fin de que las partes interesadas les den seguimiento a los temas tratados sobre la implementación de la nueva norma. El objetivo del GRT es facilitar una discusión pública para brindar apoyo a las partes interesadas e información al consejo sobre los temas de implementación que surgen de la aplicación de la NIIF 17.

La NIIF 17 es la mayor sacudida en la elaboración de información de seguros desde hace décadas; se ha tardado 20 años en llegar a la publicación final del IASB. Impactará a los aseguradores que informan de acuerdo con las NIIF y algunas otras compañías, por ejemplo, los bancos que pueden emitir contratos de seguros. El objetivo es ofrecer una mayor transparencia y

comparabilidad que la norma contable vigente, la cual ha permitido que se mantenga una gran variedad de políticas contables existentes, incluso si no eran coherentes dentro de un grupo.

Sin embargo, es complejo, y el detalle de la norma, junto con la orientación que el IASB emite en torno a su implementación, desempeñará un papel importante en su aplicación. La NIIF 17 será obligatoria para los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2021.

Como bien se ha mencionado, la introducción de la NIIF 17 será un reto importante para muchas aseguradoras. Este se considera el precio de mejores prácticas contables y de comparabilidad. Muchos esperan que unas mejores prácticas contables favorezcan la forma en que los inversionistas ven a la industria y reduzcan el costo de capital para la industria en el futuro.

Poco se ha hablado en el Perú sobre la Norma Internacional de Información Financiera 17 (NIIF 17), que entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2021, y que sustituye a la NIIF 4, la norma transitoria sobre contratos de seguros.

Los principales cambios de la norma están asociados a los modelos de medición de los pasivos de seguros, mediante el Margen de Servicio Contractual, por medio de la determinación de estimaciones críticas como los flujos futuros por los grupos de contratos de seguro, el efecto del descuento, así como el ajuste de riesgo por los riesgos no financieros.

La nueva norma requiere que los flujos de efectivo futuros sean construidos mediante una estimación explícita y no sesgada, reflejando un rango de resultados posibles basado en la probabilidad de ocurrencia. Por su parte, las estimaciones de variables económicas deben maximizar el uso de información de mercado observable en la fecha de medición, para lo cual se necesita que todos los supuestos –financieros o no– sean revisados y actualizados al final de cada período de reporte de información financiera. Por otro lado, el efecto del descuento es un elemento que siempre ha estado presente en la medición de los pasivos de seguros. Sin embargo, la nueva norma define criterios y lineamientos de cómo las compañías deben estimar las tasas de descuento, las cuales ahora se asocian exclusivamente a los riesgos específicos del pasivo, y no a aquellos relacionados con los activos que respaldan dichas obligaciones.

El desafío en este punto se centra en de-



LA ESTIMACIÓN DEL AJUSTE POR RIESGOS NO FINANCIEROS TAMBIÉN PRESENTA UN DESAFÍO PARA LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS, PUESTO QUE ESTAS DEBEN DEFINIR UNA METODOLOGÍA QUE PERMITA PROYECTAR LA COMPENSACIÓN QUE LA ENTIDAD REQUIERE PARA REFLEJAR LA INCERTIDUMBRE ACERCA DE LOS IMPORTES Y OPORTUNIDAD DE OCURRENCIA DE LOS FLUJOS DE EFECTIVO ASOCIADOS A LOS RIESGOS DE SEGUROS, A MEDIDA QUE LA COMPAÑÍA VA REALIZANDO SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

sigue corriendo. Por ello, es fundamental que todas las áreas de la compañía se involucren, especialmente aquellas responsables de la toma de decisiones, pues muchos indicadores claves de desempeño tenderán a cambiar.

Una consecuencia de estos cambios será la necesidad de interpretar los modelos de negocio que definen el registro de los ingresos de seguro y las variables clave asociadas, tales como periodo de cobertura de los contratos, flujos futuros de ingresos y salidas de caja y ajustes de riesgos; y determinará las decisiones futuras de las compañías en procesos comerciales y de tarificación.

El mensaje final es claro: las compañías no deberían cometer el error de esperar el último momento, pues el horizonte se hace cada vez más corto. El trabajo de implementación y pruebas para la presentación de información financiera comparativa debe culminar para el año 2020. Es el momento de que las entidades reguladoras revisen el enfoque local dado al reconocimiento, medición posterior y revelación de los contratos de seguro, a fin de buscar comparabilidad y una mejor medición de los activos que los respaldan, y los pasivos que reflejan reales obligaciones de las compañías.

Sin duda, esto representa un reto también para los equipos de auditoría, quienes tenemos la tarea de asistir a las compañías de seguro en este momento crítico en la toma de decisiones. De la experiencia en Europa, conocemos la importancia de tener un enfoque de aseguramiento proactivo que permita identificar errores y remediar posibles debilidades, así como tener un apoyo en la revisión continua y actualización en tiempo real sobre las guías externas más recientes. ▀

corporativo que soporte estos cambios, así como designar soportes de sistemas que se alineen a su estrategia.

Hace unos días recibimos en las oficinas de PwC Perú la visita de un equipo especializado de nuestro par italiano, Alessandro Romagnoli y Angelo Troani, quienes llevan años de experiencia en la evaluación, análisis de brechas y preparación de *business cases* en el mercado de Italia. De acuerdo a su observación, los impactos antes mencionados cobran relevancia porque implican que quienes toman las decisiones en las compañías de seguro experimentarán un cambio importante en la forma en que se venían interpretando los resultados e indicadores que derivan de las cifras del estado de resultados.

Esto se origina porque, bajo la NIIF 17, estas compañías no presentarán los ingresos por primas de seguro netas y siniestros de la forma en la que están acostumbradas, sino los reemplazarán

por los ingresos de seguros y gastos de servicios. Estos representan la consideración a la que una compañía espera tener derecho a cambio de los servicios prestados en virtud de los contratos. Es decir, el margen de servicio contractual devenido y reconocido en el resultado del período y el importe de los gastos incurridos.

Otro aspecto crítico, desde el punto de vista del negocio, corresponde a la identificación de contratos onerosos y el registro de la pérdida esperada desde el momento inicial. En la actualidad, este efecto se diluye en el plazo del contrato y se materializa cuando ocurre el evento de pérdida o siniestro. Bajo la NIIF 17, al tener una necesidad de estimar hoy los flujos que se espera sean generados en dicho plazo, es posible que salgan a la luz nuevos contratos onerosos desde su venta.

Según datos de la Superintendencia de Bancos, Seguros y AFP (SBS), al 30 de junio de 2018,

el mercado asegurador peruano contaba con 20 empresas de seguro –6 dedicadas a ramos generales y de vida, 8 únicamente generales y 6 exclusivamente de vida–. Actualmente, todas estas empresas, a excepción de tres, se encuentran obligadas a reportar a su casa matriz bajo normas NIIF, ya sea localmente o al exterior. Bajo este escenario, ¿qué se encuentran haciendo las empresas de seguro en el Perú, a menos de tres años de la adopción de esta norma?

Para entender los nuevos conceptos que trae consigo la norma es necesario hacer un análisis inicial y, a partir de eso, construir un *business case* y trasladar la visión de la organización, en un primer acercamiento al proceso de implementación. No se espera que esto se dé en forma lineal y poco cambiante, por el contrario, las compañías de seguro deberán ser flexibles si quieren alcanzar el éxito ya que no hay camino perfecto y el tiempo

PLAZO LEGAL PARA DEPÓSITO DEL BENEFICIO SOCIAL VENCE ESTE 15 DE NOVIEMBRE

La compensación por tiempo de servicios



ANNA
VILELA
ESPINOSA
Abogada
laboralista.



IRINA
VALVERDE
DEL AGUILA
Abogada
laboralista

Aspectos controversiales

► El uso del 80% de la CTS para la adquisición de vivienda o terreno. – La Ley N° 28461 estableció que a solicitud del trabajador podía utilizarse, en forma excepcional y por una sola vez, hasta el 80% del total de la CTS e intereses, destinándolo a la adquisición, construcción, mejoramiento de vivienda o adquisición de terreno que se efectúe, a su elección, en el marco de los programas Techo Propio, Mivivienda o cualquier otro promovido por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, en el marco del Plan Nacional de Vivienda ‘Vivienda para Todos’, u otro plan que sea directamente promovido por el sector privado, o para la adquisición de terrenos. Su reglamento, el D. S. N° 009-2005-Vivienda, refiere

además que el porcentaje señalado está compuesto por el 50% de libre disposición regulado en el artículo 41 de la Ley de CTS y el 30% excepcional y por única vez regulado en la Ley N° 28461. Ahora, el monto de libre disposición es el establecido en la Ley N° 30334, medida que de acuerdo con lo señalado en su texto tiene carácter permanente.

► La CTS como garantía de préstamos al empleador. – Los artículos 40 y 47 de la ley señalaban la posibilidad de que los depósitos de la CTS y sus intereses solo pueden garantizar sumas adeudadas por los trabajadores a sus empleadores por concepto de préstamos, adelantos de remuneración, venta o suministro de mercadería

producida por su empleador, siempre que no excedan en conjunto del 50% del beneficio. Sin embargo, a la fecha, ya que el monto intangible es de cuatro remuneraciones brutas, se suscitan dudas respecto a si continua vigente o no su aplicación.

► La CTS como garantía mobiliaria. – Tanto el Decreto Legislativo N° 1400, que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria, como la anterior Ley N° 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria, señalan que están excluidos de ser afectados con garantía mobiliaria. “Las remuneraciones y el fondo de compensación por tiempo de servicios, salvo las excepciones establecidas en las leyes especiales de la materia”.

La compensación por tiempo de servicios (CTS) es un beneficio social que se encuentra regulado en el Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N° 650 aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR (en adelante la Ley) y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 004-97-TR (en adelante el reglamento).

Debido a que las empresas están obligadas a cumplir con efectuar el depósito correspondiente al semestre mayo-octubre en la primera quincena de noviembre, efectuaremos a continuación una revisión de sus principales alcances.

► Naturaleza jurídica

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley, la CTS tiene la calidad de beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo y de promoción del trabajador y su familia.

Lo primero en tanto representa una suma que en principio podrá ser retirada por los trabajadores al término de la relación laboral con el objetivo de afrontar la pérdida de sus ingresos económicos; lo segundo, vale decir, de promoción del trabajador y de su familia, pues con base en esa CTS el trabajador puede convertirse en un sujeto de crédito bancario o financiero.

► Trabajadores comprendidos

Se encuentran comprendidos en los alcances de la Ley los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada que laboren, en promedio, una jornada de cuatro o más horas diarias.

Se considera cumplido el requisito de cuatro horas diarias antes señalado en los casos en que la jornada semanal del traba-

jador dividida entre seis o cinco días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro horas diarias.

En el caso de que la jornada semanal sea inferior a cinco días, se considera cumplido el requisito antes reseñado si el trabajador labora 20 horas como mínimo a la semana.

► Derecho a su percepción

Para tener derecho a la percepción de la CTS, el trabajador debe haber laborado como mínimo un mes en la empresa.

Si un trabajador al 30 de abril o 31 de octubre no cumple con el requisito del mes de servicios, entonces de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley de CTS dicho monto se calculará y depositará conjuntamente con el que corresponda al siguiente período.

► Monto del beneficio

El trabajador tiene derecho a una remuneración

al año por concepto de CTS, que se divide en dos y se deposita semestralmente en las entidades bancarias o financieras en la oportunidad establecida por ley.

► Semestres a considerar

Dos son los semestres a considerar para el cálculo de este beneficio: (i) 1 de noviembre de un año al 30 de abril del año siguiente; (ii) 1 de mayo al 31 de octubre.

► Depósitos semestrales

Las empresas están obligadas a depositar el equivalente a media remuneración computable en la primera quincena de mayo (por el período noviembre-abril) y media remuneración en la primera quincena de noviembre (por el período mayo-octubre).

Para tales efectos, los depósitos se deben efectuar en la institución bancaria o financiera que en principio ha elegido el trabajador [1].





Remuneración computable

Para el cálculo de la CTS se deben considerar todos los conceptos remunerativos que percibe el trabajador. En este contexto ingresan: (i) las remuneraciones fijas mensuales; (ii) las remuneraciones principales variables o imprecisas, como las comisiones o el destajo, en cuyo caso se sacará el promedio de las percibidas en el semestre respectivo; (iii) las remuneraciones complementarias variables o imprecisas, como las horas extras, bonificaciones por turno, por cumplimiento de metas, etcétera, siempre que hubieran sido percibidas como mínimo en 3 de los 6 meses que comprende el semestre respectivo, en cuyo caso se suman los montos y se dividen entre 6 o entre el número de meses efectivamente laborados por el trabajador; y, (iv) las remuneraciones periódicas, en cuyo caso si su periodicidad es semestral, como las gratificaciones de Fiestas Patrias y Navidad, ingresarán en el cálculo de la CTS a razón de un sexto de lo percibido por este concepto en el semestre respectivo; si su periodicidad es anual, se incorporarán a razón de un dozavo; en el caso de remuneraciones fijas cuya periodicidad es menor a un semestre pero superior a un mes, se sacará el promedio respectivo y el resultado se incorporará en la base de cálculo de la CTS.

Conceptos no computables

No ingresan en el cálculo de este beneficio todos aquellos conceptos que se encuentran taxativamente establecidos en los artículos 19 y 20 de la Ley, nos referimos específicamente a:

- a) Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que haya sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la AAT, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto la bonificación por cierre de pliego.
- b) Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa.
- c) El costo o valor de las condiciones de trabajo.
- d) La canasta de Navidad o similares.
- e) El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada.
- f) La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada.
- g) Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquellas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva.

h) Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia.

i) Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor, o

con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador.

j) La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo con su ley correspondiente o cuando se derive de mandato legal.

k) La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios o cuando se derive de mandato legal.

Tiempo de servicios computable

Es tiempo computable para el cálculo de este beneficio aquellos días en los cuales el trabajador ha laborado de manera efectiva. No obstante, se contemplan algunos supuestos de excepción, es decir, días en los cuales si bien es cierto el trabajador no ha laborado, la norma bajo comentario obliga a las empresas a considerarlos como efectivamente laborados, nos referimos a:

- a) Las inasistencias motivadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional o por enfermedades debidamente comprobadas, en todos los casos hasta por 60 días al año. Se computan en cada período anual comprendido entre el 1 de noviembre de un año y el 31 de octubre del año siguiente;
- b) Los días de descanso pre y post natal;
- c) Los días de suspensión de la relación laboral con pago de remuneración por el empleador;
- d) Los días de huelga, siempre que no haya sido declarada improcedente o ilegal; y,
- e) Los días que devenguen remuneraciones en un procedimiento de calificación de despido.

Libre disponibilidad

La Ley N° 30334 estableció con carácter permanente que los trabajadores puedan retirar hasta el 100% del excedente de cuatro remuneraciones brutas de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras. Es decir, hay un monto que el trabajador no podrá retirar, que son cuatro remuneraciones brutas, también denominadas monto intangible, que es lo que se mantiene con fin previsional; el resto, en principio, es de libre disposición del trabajador.

Como se puede apreciar, se ha desnaturalizado la finalidad de este beneficio, que es, tal como ya lo mencionamos, ser un beneficio de previsión de las contingencias que se originen como consecuencia de su cese en el trabajo. La situación se agrava si tomamos en consideración que nuestro país no cuenta con un seguro de desempleo y que la CTS actúa en nuestro país como si lo fuera (pese a que tienen alcances distintos).▶

▶ Si al 30 de abril o 31 de octubre el trabajador no comunica a su empleador el nombre de la entidad bancaria o financiera en la que desea se efectúen sus depósitos, el empleador podrá efectuar el depósito en cualquiera de las entidades existentes en nuestro país bajo la modalidad de depósito a plazo fijo por el período más largo permitido.

DESDE UNA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA

El deber de revelación y la anulación de laudos



ADRIÁN
SIMONS PINO

Abogado. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje. Árbitro del Centro de Arbitraje de la CCL, de la Corte de Arbitraje de AmCham y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

Nada como la jurisprudencia comparada para ir delineando los alcances de la imparcialidad arbitral que debe ser entendida como la “primera regla de oro de los árbitros”. Así, la jurisprudencia norteamericana en el caso *Jean y Leonard Schmitz v. Carlos Zilveti* y otros indicó que “si el árbitro no informa de hechos relevantes, que pueden mostrar una apariencia de parcialidad, lo que hace es quitarle legitimidad a su posición como juzgador privado”. A ello agrega que, “el estándar fijado para los árbitros es informar a las partes de los hechos que puedan generar una posible parcialidad”.

Al citar además un precedente relevante (*Wheeler v. St. Joseph Hospital*, 1976), la Corte Suprema de los Estados Unidos de América afirmó lo siguiente: “Los árbitros no están aislados los unos de los otros; conocen del caso y deciden como un equipo, luego de la discusión, debate y deliberación conjuntas. Cada miembro de ese grupo tiene la oportunidad de persuadir a los otros. Y puntualizo: Así, independientemente de requerirse mayoría para emitir un laudo arbitral, cuando un árbitro es evidentemente parcial, la sospecha cae sobre el laudo. Esta conclusión es especialmente valedera cuando los otros miembros del tribunal votan en igual sentido que el árbitro evidentemente parcial”.

Veamos, de manera inicial, las enseñanzas que nos deja la jurisprudencia comparada: i) El deber de revelación es tan importante, que si un árbitro no lo cumple cae bajo la apariencia de parcialidad; ii) el deber de revelación es un elemento de legitimación esencial para el árbitro en su condición de juzgador privado; iii) el estándar fijado a los árbitros es informar de cualquier hecho relevante que pueda ser interpretado como una aparente parcialidad; y iv) en el caso de un tribunal colegiado, el árbitro que incumpla



Incorrecta apreciación

A propósito de la Casación N° 2267-2017-LIMA, de fecha 27 de noviembre de 2017, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en el caso seguido entre JAR Outsourcing SAC (JAR) y la Oficina Nacional de Normalización Previsional (ONP), se podrá analizar un caso de incorrecta apreciación en lo que se refiere al deber de revelación.

Así, la sentencia casatoria hace una muy importante referencia a cuál es la posición de la doctrina arbitral con relación al deber de revelación. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en 23 citas, destaca la importancia del deber de

revelación en el arbitraje. Esto es destacable porque denota un alto nivel de investigación jurídica para sustentar una decisión jurisdiccional. Sin embargo, todo ese desarrollo doctrinario arbitral se ve empañado con la decisión adoptada, que no se ajusta ni a la doctrina invocada ni a las reglas internacionales o estándares de valoración de la apariencia de parcialización y al test de la tercera persona razonable o juiciosa.

Incluso, si se sigue el criterio establecido por la Corte Suprema habríamos reducido a un hecho intrascendente y no sujeto a revelación, cuando un árbitro omite

informar que conoce a los abogados y representantes de una de las partes y, que tampoco, es trascendente revelar que integró un tribunal arbitral con uno de ellos. La gran interrogante que nunca se aborda en la sentencia objeto de comentario es si bajo el ojo de una tercera persona de buen juicio y con conocimiento de los hechos, esto debiera ser tolerado sin infringir la apariencia de imparcialidad.

Por tanto, la sentencia casatoria N° 2267-2017-LIMA no solo es injusta, sino que flexibiliza el deber de revelación a estándares inadmisibles para el buen desarrollo del arbitraje en el país.

con el deber de revelación necesariamente afecta la validez o integridad del laudo (contaminación al laudo).

Pero, qué implica el deber de revelación. José María Alonso Puig señala que “el deber de revelación del árbitro lo obliga a poner en conocimiento de las partes todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas a su imparcialidad o independencia. El deber de revelación del árbitro es continuo. El árbitro no solo debe ser independiente e imparcial *ab initio*, sino que tiene que permanecer como tal durante todo el arbitraje”. Así, lo descrito anteriormente ha sido recogido por el artículo 28 de nuestra Ley de Arbitraje.

Concepto clave

La apariencia de parcialización es un concepto clave introducido por la jurisprudencia norteamericana en el caso *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Company* (vía certiorari): “Es cierto que los árbitros no pueden cortar todos sus vínculos con el mundo de los negocios, pues no se espera que obtengan todos sus ingresos de la resolución de casos, pero debemos, por lo menos, ser aún más escrupulosos para salvaguardar la imparcialidad de los árbitros que de los jueces, pues aquellos [léase los árbitros] tienen carta blanca para decidir el derecho, así como los hechos, y no están sujetos a revisión en apelación, es lo que debo aseverar.

Esta regla del arbitraje [referida al deber de revelación] y este canon de ética judicial [referido a la imparcialidad] descansan sobre la premisa de que cualquier tribunal al que la ley permite conocer casos y resolver controversias no solo debe ser imparcial, sino también evitar incluso la Apariencia de Parcialización”.

Las cortes inglesas también han ido en el mismo sentido. La Corte Comercial Inglesa en el caso *AT&T Corporation v. Saudi Cable Co.* (2,000) APP.L.R.05/15, establece que la “apariencia de parcialización” es un estándar de ética judicial plenamente aplicable a los árbitros.

Nuestro Tribunal Constitucional (TC) no ha estado ajeno a esta materia y, acertadamente, ha extendido al arbitraje la teoría de la apariencia. Así, en el Exp. N° 02851-2010-PA/TC, indica lo siguiente: “En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...) debe recusarse todo juicio



del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (caso contra Bélgica del TEDH, del 26 de octubre de 1984; STC N° 00023-AI/TC y STC N° 0004-2006-PI/TC).

Así, las garantías derivadas del derecho a ser juzgado por un juez arbitral imparcial son plenamente aplicables, incluso bajo la teoría de la apariencia, me queda como conclusión.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio para apreciar si estamos ante una duda justificada de parcialidad? La International Bar Association, en sus IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, sobre el deber de revelación ha recomendado un criterio para apreciar cuándo estaríamos frente a una situación de parcialidad arbitral; el cual, es admitido pacíficamente en todas las buenas prácticas arbitrales. Veamos:

“Conflictos de intereses. Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos

LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL DERECHO A SER JUZGADO POR UN JUEZ ARBITRAL IMPARCIAL SON PLENAMENTE APLICABLES, INCLUSO BAJO LA TEORÍA DE LA APARIENCIA.

a los méritos del caso presentados por las partes.

Aplicación práctica de las normas generales. La revelación de hechos o circunstancias no implica la existencia de un conflicto de interés; tampoco debería resultar por sí misma en la descalificación del árbitro, ni en una presunción relativa a la descalificación. La finalidad de la revelación es informar a las partes acerca de situaciones sobre las que pueden querer realizar averiguaciones adicionales para poder decidir de manera objetiva –esto es, desde el punto de vista de una tercera persona con buen juicio que

tuviera conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes– si efectivamente existen dudas fundadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro”.

Así surgió el “test de la tercera persona razonable o con buen juicio” que la IBA tomó del artículo 12 de la Ley Modelo de 1985.59. Se trata de una herramienta indispensable para analizar la relevancia o importancia del hecho que el árbitro omitió revelar, y si ello, finalmente, puede implicar una apariencia de parcialidad.

Por todo lo señalado y a modo de conclusiones preliminares se puede afirmar que existe una muy estrecha relación entre el quiebre del deber de revelación con la apariencia de parcialidad.

Además, la falta al deber de revelación por parte de uno o más árbitros podría afectar la integridad o validez del laudo. Incluso, el estándar de exigencia para los árbitros debe ser más elevado respecto de los jueces. Ello debido a que en el arbitraje no hay lugar a revisión del fondo de la decisión. También de que la teoría de la apariencia se aplica al arbitraje, debido a la garantía constitucional de la imparcialidad.

El deber de revelación es dinámico. Estará

vigente mientras dure el arbitraje. Asimismo, cuando surjan dudas razonables sobre algún hecho que tenga apariencia de parcialidad, debe recurrirse al test de la tercera persona con buen juicio.

Si un árbitro omite revelar un hecho que podía implicar una apariencia de parcialidad, esa omisión podría afectar la validez del laudo. Es importante precisar que la sola omisión al deber de revelación no implica *per se* la descalificación del árbitro; se deberá apreciar en el caso concreto bajo los hechos y circunstancias relevantes que muestren dudas fundadas sobre la parcialidad del árbitro.

El deber de revelación está vinculado indisolublemente con el derecho de ser juzgado por una autoridad imparcial; por tanto, es un derecho procesal constitucional irrenunciable.

El quiebre de la imparcialidad por omisión al deber de revelación puede ser invocado como causal de anulación de un laudo. Esto forma parte del debido proceso arbitral.

Sin imparcialidad arbitral no hay nada, menos arbitraje de verdad. Es una garantía que no se puede flexibilizar. Por eso siempre se recomienda lo siguiente: “ante la duda revela”. ▀



MÉXICO Y LA DECLARACIÓN DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ

El bicentenario y el constitucionalismo



EDUARDO
**MELCHOR ARANA
YSA**

Abogado. Docente universitario en derecho constitucional.

Está en ciernes el bicentenario de la declaración de independencia del Perú, y es menester recordar algunos acontecimientos y personajes de nuestra historia americana que esbozaron los primeros trazos y el derrotero de lo que significaría un gran movimiento filosófico, político, militar, social y cultural en Mesoamérica y en América del Sur; tal vez por razones geográficas se estudian separadamente. Sin embargo, desde una perspectiva holística e integradora, la dimensión de cada grito de independencia es tal que formó y forma parte aún de un solo proceso.

► Melchor de Talamantes, el precursor peruano en México. Como consecuencia de la ascensión al poder monárquico de José Bonaparte en España, un grupo de criollos en las tierras iberoamericanas interpretó que el vacío de poder dejado por Fernando VII y su padre, Carlos IV, ponía en tela de juicio la soberanía y a quién se le debía obediencia. En todo caso, si la fuente de poder residía en el pueblo, o si se hallaba en Dios, tal poder debería regresar a sus propios orígenes.

Un fraile mercedario nacido en Lima, Melchor de Talamantes Salvador y Baeza, que radicaba en México, interpretó en una visión de avanzada que la soberanía debía, por el ejercicio de los derechos naturales, retornar al pueblo. En uno de sus escritos, firmados bajo el seudónimo de Toribio Marcelino Fardonay, explicaba: "... en ausencia del Rey, la nación recobra inmediatamente su potestad legislativa con todos los demás privilegios y derechos de la corona". Así, en julio de 1808, en defensa de tal causa, propugnó la independencia total y la convocatoria a un congreso americano.

La Constitución de Cádiz, que se promulgó cuatro años más tarde, recogió, entre otros

aspectos, la idea precursora que este notable peruano introdujera y que, sin duda, fue aquel camino de libertad que posteriormente recorrerían el párroco del pueblo de Dolores, don Miguel Hidalgo y Costilla, y el sacerdote José María Morelos y Pavón.

A la persona humana, pero, sobre todo, a las ideas y al pensamiento de Fray Melchor de Talamantes, se agregarían los de otros protoindependentistas de la talla de Francisco Antonio de Zela, José Hipólito Unanue y Pavón, Toribio Rodríguez de Mendoza, Juan Pablo Vizcardo y Guzmán, y otros ilustres peruanos que con su ideario político y liberal forjaron en cada parte del continente aquel gran pensamiento americano integrador. El caso de Vizcardo y Guzmán también merecería una cita aparte por el valor conceptual y amplio de su famoso documento, Carta a los Españoles Americanos, que habría servido de inspiración al propio Francisco de Miranda y, luego, pudiera haber gravitado también de manera importante y sustantiva en el ideario de Simón Bolívar.

► La Constitución de Apatzingán. La gesta de la independencia mexicana que iniciara Miguel

Hidalgo trajo consigo el anhelo de contar con un texto constitucional que pudiera plasmar de manera permanente los derechos y libertades de todos los mexicanos. Así, a partir de 1812, Hidalgo encargaría la elaboración de un proyecto de constitución, recibiendo tres propuestas: una, de Ignacio López Rayón, su secretario personal; otra, del fraile Vicente de Santa María; y finalmente, una tercera de Carlos María de Bustamante, quien luchaba junto a José María Morelos y tenía a su cargo el semanario *Correo Americano del Sur*.

El trabajo de Rayón, que circuló bajo el nombre de *Elementos Constitucionales*, incluyó la novísima figura del *habeas corpus* y, al difundirse en los círculos intelectuales, generó un sentimiento de pertenencia con la tierra natal. Es recién el 13 de setiembre de 1813 que Morelos reuniría en la ciudad de Chilpancingo, bajo la forma de un Congreso, a los delegados de las regiones liberadas del dominio español. En esa reunión daría lectura a su obra, *Sentimientos de la Nación*, luego de la cual se discutiría la forma de gobierno, así como los derechos y obligaciones que habrían de regularse en forma inmediata.

El Congreso itinerante se volvería a reunir el 22 de octubre de 1814, en la localidad de Apatzingán, Michoacán, para promulgar el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, también conocida como la Constitución de Apatzingán. Si bien los constitucionalistas la encuentran muy relevante en su contenido normativo por reconocer la igualdad de las personas, el derecho a la propiedad y a la libertad, así como por organizar el incipiente Estado bajo la forma de un gobierno republicano, representativo y bajo el principio de separación de poderes, otro de los aspectos más destacados que aporta fue en el ámbito político: el rechazo a la monarquía, la proclamación de la independencia y la creación de la república mexicana, aunque fuera conocida como Imperio Mexicano, base sustancial de los Estados Unidos Mexicanos.

En opinión de algunos tratadistas e historiadores, las independencias solo crearon Estados y formas de gobierno republicanos; en cambio, las independencias de Mesoamérica y de América del Sur permitieron con el tiempo la revaloración de los pueblos originarios, la posibilidad de redescubrir los orígenes de la nación americana y celebrar el nacimiento del constitucionalismo americano.

El bicentenario de la declaración de la independencia del Perú, que se asoma con singular rapidez, y que merecerá varias actividades y celebraciones, es también la celebración de toda América, no solo por el sello de armas y de gloria que tuviera como colofón la Pampa de la Quinua en Ayacucho, el 9 de diciembre de 1824, sino también porque en ella hallaremos una excelente oportunidad para reencontrarnos con el pasado común que integra y aproxima a nuestros pueblos.

Somos legatarios y herederos de una riquísima historia prehispánica originaria común, y si bien ella nos distingue como ciudadanos de una América mestiza, la independencia recrea en nosotros los valores republicanos, democráticos y constitucionales por un orden más justo y equitativo, que nos corresponde defender. ►