





**ACTAS DEL XIV CONGRESO INTERNACIONAL  
DE ARBITRAJE + MEDIACIÓN Y JRD - 2020 DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**



*Volumen 89* *Biblioteca de Arbitraje del*  
**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Actas del XIV Congreso  
Internacional de Arbitraje  
+ Mediación y JRD - 2020  
de la Pontificia Universidad  
Católica del Perú**

CENTRO DE  
ARBITRAJE



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ**



Universidad Católica  
**San Pablo**



Asociación Iberoamericana  
de Derecho Privado

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

**ACTAS DEL XIV CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE + MEDIACIÓN Y  
JRD - 2020 DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
[estudio@castillofreyre.com](mailto:estudio@castillofreyre.com) - [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)
- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
Calle Esquilache 371, San Isidro  
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401  
[www.consensos.pucp.edu.pe](http://www.consensos.pucp.edu.pe)
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO  
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro  
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390  
[www.ucsp.edu.pe](http://www.ucsp.edu.pe)
- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO  
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia  
Telfs. +57 (4) 2398080  
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, marzo 2021

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-03627

ISBN: 978-612-4400-35-3

Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
Inauguración	11
<i>Karina Ulloa</i> (presentadora)	
<i>Marlene Anchante Rullé</i>	
Mesa n.º 1: «Desafíos para los operadores en el contexto de arbitrajes no presenciales»	17
<i>Irma Rivera Ramírez</i> (moderadora)	
<i>Silvia Rodríguez Vásquez</i>	
<i>David Ortiz Gaspar</i>	
<i>Eric Franco Regjo</i>	
Mesa n.º 2: «Anticorrupción e integridad en contrataciones con el Estado»	53
<i>Walter Albán Peralta</i> (moderador)	
<i>Felipe Chacón Tapia</i>	
<i>Rafael Chanján Documet</i>	
<i>Marlene Anchante Rullé</i>	
Mesa n.º 3: «Experiencias prácticas de la aplicación de la junta de resolución de disputas»	95
<i>María Eliana Rivarola Rodríguez</i> (moderadora)	
<i>Carlos López Avilés</i>	
<i>Jaime Gray Chicchón</i>	
<i>Cecilia Misu</i>	

Mesa n.º 4: «Pros y contras del MED-ARB en controversias en las contrataciones con el Estado»	133
<i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i> (moderador)	
<i>Mercedes Tarrazón</i>	
<i>Carlos Seminario Reyes</i>	
<i>Jackson Gallardo Aguilar</i>	
<i>Martín Mijichich Loli</i>	
<i>Pierina Mariella Guerinoni Romero</i>	
Mesa n.º 5: «Los contratos en los tiempos del covid-19»	177
<i>Alfredo Soria Aguilar</i> (moderador)	
<i>Rómulo Morales Hervias</i>	
<i>Elvira Martínez Coco</i>	
<i>Leysser León Hilario</i>	
<i>Roxana Jiménez Vargas Machuca</i>	
Presentación ICC-YAF	219
<i>Lucía Olavarría</i>	
Presentación del volumen 80 de la <i>Biblioteca de Arbitraje</i>	221
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
<i>Guilherme Recena Costa</i>	
<i>Julio Rivera Ríos</i>	
Mesa n.º 6: «Desarrollo de la infraestructura nacional bajo el marco del acuerdo G2G»	231
<i>Gustavo Paredes Carbajal</i> (moderador)	
<i>Jorge Valenzuela</i>	
<i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i>	

## NOTA DEL EDITOR

En esta oportunidad, la *Biblioteca de Arbitraje* incorpora a la colección un volumen que contiene lo expuesto y debatido en el XIV Congreso Internacional de Arbitraje + Mediación y JRD 2020. Se trata del volumen 89.

Como conocen nuestros lectores, los Congresos de la PUCP, tradicionalmente han versado sobre Arbitraje, pero en los últimos años se incorporó el tema de las juntas de resolución de disputas o *dispute boards*, en que el Centro de Arbitraje de nuestra Universidad es pionero.

No obstante, el congreso del 2020 también incluyó a la mediación.

Debido a la pandemia, este evento fue realizado a distancia, vía Zoom, y contó con una presencia permanente de no menos de medio millar de personas, lo que hace que se le pueda calificar como todo un éxito.

Y ello obedece, qué duda cabe, al excelente equipo que conduce el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con la Dirección de la doctora Marlene Anchante Rullé y el apoyo de la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, Secretaria General de Arbitraje, Conciliación y *Dispute Boards*.

Como siempre, es para nosotros muy grato publicar el contenido del Congreso de nuestra casa de estudios y agradecemos a las autoridades de

CARC-PUCP el permitirnos hacerlo de manera consecutiva durante catorce años.

Lima, febrero del 2021

Mario Castillo Freyre\*

---

\* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

**ACTAS DEL XIV CONGRESO INTERNACIONAL DE  
ARBITRAJE + MEDIACIÓN Y JRD - 2020 DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**INAUGURACIÓN**

**Karina Ulloa:** Muy buenas tardes con todos. Gracias por estar aquí participando en el XIV Congreso Internacional de Arbitraje + Mediación y JRD.

Les damos la bienvenida a este congreso organizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Para dar inicio al congreso quiero presentarles a la doctora Marlene Anchante Rullé, que es directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, y quien, a continuación, dará las palabras de bienvenida y hará una breve presentación del programa del congreso.

Adelante, doctora Marlene.

**Marlene Anchante Rullé:** Bien, como directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, tengo el honor y la satisfacción de darles la bienvenida en nombre de la institución que represento y que es la organizadora de este congreso.

Como organizadores llegamos a esta edición con la experiencia de trece congresos previos realizados anualmente desde el año 2007, en los que han participado decenas de expositores nacionales e internacionales, cientos de participantes, muchos de los cuales nos acompañan fielmente cada año.

Esta oportunidad es un honor para nuestro Centro contar con su presencia. Algunos de ustedes, usuarios de nuestros servicios de arbitraje, conciliación extrajudicial, juntas de resolución de disputas, autoridades y funcionarios de entidades estatales, así como participantes provenientes del sector privado.

Todos los años contamos también con la presencia de asesores legales e ingenieros, arquitectos, docentes universitarios, estudiantes y público, en general.

Somos, en este momento, más de quinientas personas las reunidas en este XIV Congreso Internacional de Arbitraje PUCP.

A partir de este año ponemos a su alcance dos mecanismos más de solución de controversias, de ahí que en esta nueva edición del congreso ya hemos cambiado su denominación a Congreso Internacional de Arbitraje + Mediación y Junta de Resolución de Disputas.

Deseo aprovechar esta breve intervención para comentarles que nuestro centro, desde su origen, hace veintiún años, trabaja de manera interdisciplinaria para cumplir con nuestra misión institucional: prevenir, gestionar y transformar conflictos en oportunidades de desarrollo, contribuyendo así a promover una cultura de paz en nuestro país.

Esta misión se concreta en nuestro trabajo diario, abocados en nuestras consultorías para prevenir, gestionar conflictos sociales, por ejemplo, desarrollar estrategias para evitar la escalada violenta de conflictos; promover la participación ciudadana involucrando a los actores sociales en una perspectiva inclusiva y de género, asesorando en procesos de negociación, entre otros.

De igual forma, nuestro trabajo diario transcurre gestionando procesos de arbitraje, conciliaciones extrajudiciales, juntas de resolución de disputas, esforzándonos al máximo para que la administración de dichos procesos se haga de manera ética, eficaz, imparcial e independiente.

Estos cuatro atributos forman parte de nuestra política de calidad, que aterrizan en procesos y en procedimientos revisados constantemente para mejorar nuestros servicios.

Llevar adelante las consultorías que les comento, brindar los servicios de arbitraje, conciliación extrajudicial, junta de resolución de disputas, nos permiten acercar el campo a la de academia.

Es así que el programa de este congreso, los cursos diversos de formación continua que ofrece nuestro centro, han sido diseñados desde la experiencia de trabajo concreta, incorporando los obstáculos, los desafíos que enfrentamos cuando ponemos en marcha estos mecanismos.

En tal sentido, nuestro congreso, debido a la coyuntura, lo estamos llevando en esta modalidad virtual, y será el espacio en el que se encuentren el campo y la academia, cumpliendo con la importante labor de intercambiar conocimientos, recibir y brindar información valiosa, poder analizar juntos, discutir, divulgar las posibilidades y las potencialidades que estos mecanismos de arbitraje, mediación, JRD tienen de resolver en un contexto cambiante y desafiante, como es nuestro país.

La estructura del congreso ha sido diseñada en base a seis mesas técnicas que presentaremos en estos tres días que vamos a estar juntos.

La primera mesa técnica nos permitirá conocer los desafíos que tienen los operadores de arbitraje al haberse visto obligados, de un momento a otro, a tener que funcionar en la modalidad remota producto de la pandemia que vivimos.

La segunda mesa el día de hoy, abordará los avances y desafíos en la lucha contra la corrupción en el contexto de las contrataciones con el Estado.

El día de mañana compartiremos con ustedes las experiencias prácticas que se vienen teniendo de llevar adelante juntas de resolución de disputas.

Y, en la siguiente mesa, se analizarán los pros y los contras de unir en un mecanismo la mediación y el arbitraje; un mecanismo híbrido conocido como *MED-ARB* y analizar su posible aplicabilidad en las controversias que son derivadas de las contrataciones del Estado.

El día viernes, nuestro último día del congreso, se discutirán aspectos de suma relevancia de los contratos en estos tiempos de covid-19.

Y, finalmente, cerraremos el congreso. La mesa técnica n.º 6 abordará el desarrollo de la infraestructura nacional bajo el marco del acuerdo GtoG; recientemente se ha materializado el acuerdo gobierno a gobierno suscrito entre nuestro país y el Reino Unido, para el caso Programa Nacional de Reconstrucción con cambios, para lo cual el centro que dirijo, tiene el honor de participar como socio local del equipo técnico del Reino Unido.

Antes de terminar mi intervención quisiera expresar mi profundo agradecimiento a cada uno de los ponentes nacionales e internacionales, los moderadores que generosamente aceptaron con gran disposición nuestra invitación, lo que interpretamos como un reconocimiento al espacio que hemos generado año tras año en nuestros congresos.

También agradecer el apoyo de la oficina de eventos de la PUCP, Patricia Hartmann y su equipo, así como expresar gratitud al equipo de trabajo del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, con quienes hemos preparado este congreso para ustedes, y que espero lo disfruten y sea de su satisfacción.

Muchas gracias.

**Karina Ulloa:** Muchas gracias, doctora Marlene.

A continuación, empezaremos con la primera mesa del congreso, que desarrollará el tema «Desafíos para los operadores en el contexto de arbitrajes no presenciales».

Esta mesa será moderada por la doctora Irma Rivera Ramírez, socia del Estudio Brigard & Urrutia, Colombia, y como ponentes contamos con la presencia de la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, secretaria general de arbitraje, conciliación y *dispute boards* del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos.

El doctor David Ortiz Gaspar, procurador público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; el doctor Eric Franco Regjo, abogado, árbitro y gerente legal de Engie Energía Perú.

La moderadora formará la dinámica de la mesa y les recordamos a los participantes que el único canal para revisar preguntas es a través del chat.

Estas preguntas serán alcanzadas por la moderadora, y ahí serán resueltas al final de las ponencias.

Dicho esto, cedo la palabra a la doctora Irma Rivera, para dar inicio a la primera mesa.

Adelante, doctora.



## MESA N.º 1 DESAFÍOS PARA LOS OPERADORES EN EL CONTEXTO DE ARBITRAJES NO PRESENCIALES

*Irma Rivera Ramírez (moderadora)*

*Silvia Rodríguez Vásquez*

*David Ortiz Gaspar*

*Eric Franco Regjo*

**Irma Rivera Ramírez:** Muy buenas noches a todos.

Para mí es un verdadero gusto y un honor tener la oportunidad de dirigirme a ustedes, y aunque no esté en cuerpo, sí estoy en corazón y en alma en el Perú, es un país que quiero mucho y que lo siento como mi segundo hogar.

Quiero agradecer muy especialmente la invitación que me hacen a ser parte de este evento y tener la oportunidad de compartir este espacio con expertos peruanos y de otras latitudes, porque además la experiencia peruana en temas de arbitraje es reconocida a nivel latinoamericano, y creo que estos nuevos tiempos, estas nuevas realidades como han sido denominadas por algunos, requieren que todas esas experiencias pasadas, que son positivas, sean aprovechadas para crear un futuro mucho más provechoso para la solución de controversias.

Este panel tiene una característica muy interesante, y es que nos permite una mirada desde distintos ángulos de cómo hemos enfrentado, no solamente el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos, sino cómo aquellos intervinientes en los trámites, le han dado una mirada diferente y cómo esos desafíos han buscado soluciones.

Vamos a tener la oportunidad de escuchar las opiniones de personas que tienen diferentes sombreros y diferentes visiones. Cómo los operadores, es decir, los centros de arbitraje se han enfrentado a estos cambios. Cómo los árbitros han trabajado y han logrado encontrar soluciones que les permitan ayudar a administrar justicia de manera pronta y segura. Cómo el Estado, a través de quienes lo representan, adelantan y tramitan esos trámites para proteger al final los intereses de todos los ciudadanos, y cómo tenemos, además, algunas experiencias para proteger, al final, los intereses de todos los ciudadanos, y cómo tenemos, además, algunas experiencias de nosotros como abogados de parte.

Es muy interesante tener en cuenta que en estos meses de pandemia en Latinoamérica, que, más o menos, empezó desde febrero-marzo, varía un poco de un país a otro, se hizo necesario adaptarnos, ajustarnos, y, por ejemplo, los Estados y los centros de arbitraje, operadores de estos métodos, tomaron decisiones en algunos países, de ajustar la normativa interna para darle continuidad en el trámite; en otros países se ajustaron en sus reglamentos para poder utilizar la virtualidad, en beneficio de la justicia, y en otros países se hizo una mezcla: se modificaron los reglamentos, pero adicionalmente se modificaron las normas que, desde el punto de vista sustancial y procesal, le dan soporte a estos trámites arbitrales.

Es importante notar que también ha sido un reto muy difícil en ocasiones de manejar; el cómo se maneja el trámite *per se*, cómo se manejan las audiencias, qué aproximaciones tenemos frente a este tipo de virtualidad, pero también a la necesidad o a la obligatoriedad, y lo vamos a ver más adelante, de esas audiencias presenciales.

Y, finalmente, también han sido un reto importante para los apoderados de parte y sus clientes. Cómo esos apoderados de parte pueden construir su caso, presentarlo al tribunal, sustentarlo, recopilar toda la evidencia, presentarla de manera adecuada, pero pudiendo, además, respetar todos aquellos protocolos de seguridad y de bioseguridad que se han implementado.

Los cambios que nosotros vamos a seguir enfrentando, seguramente van acompañados de cómo esta situación que se da a nivel mundial, se desarrolle.

Pero creo que el reto más importante es que cómo todos esos actores de este método, los centros de arbitraje, los terceros, por ejemplo, expertos vinculados, los apoderados, las partes, las secretarías y todos aquellos que hacen posible que el método cumpla con su fin, se puedan adaptar.

Vamos a tener la oportunidad en este panel de escuchar expertos que nos van a hablar de sus experiencias, y quizás de lo que esperan hacia el futuro estos desafíos que alcanzaron de una manera repentina a todos en nuestros países.

Es importante recordar un poco cómo vamos a funcionar y lo quiero compartir con ustedes.

Vamos a tener para cada intervención de nuestros panelistas un tiempo límite total de dieciséis minutos, y vamos a tener dos rondas de preguntas que nos van a llevar sobre algunos de los temas porque, digamos, que estos cambios darían para que conversáramos muchas horas, pero, y la primera ronda de preguntas o la primera pregunta tendrá un tiempo límite de ocho minutos, y la segunda también.

Como nos lo contaba, la persona que nos hizo la presentación, y además se lo agradezco, Karina, el tema es que, al final, vamos a tener un espacio de preguntas de veinte minutos y que agradezco, por favor, dirijan en los términos que la organización ya nos indicó.

Sin más preámbulos, yo me siento muy feliz y muy honrada de tener la posibilidad de compartir este espacio con ustedes y con mis colegas, y quisiera, por favor, compartir la primera pregunta para todos.

Nosotros quisiéramos conversar con ustedes sobre cuáles consideran ustedes que son los desafíos que se presentan en estos arbitrajes que no son

presenciales, que es un cambio que se ha implantado con regularidad en los procedimientos que hoy en día ya se están alcanzando.

Para iniciar esta conversación, yo quisiera darle, por favor, la palabra ahora a la doctora Silvia Rodríguez.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Muchas gracias, Irma. Muchísimas gracias a todos ustedes por estar aquí presentes. Un agradecimiento a todo el equipo organizador de nuestro congreso. Se pudo este año, a pesar de la pandemia, de todo, tal vez de lejos, pero, de todas maneras, nos sentimos cerca de poder tener tantas personas que nos están escuchando.

Bueno, yo lo primero que quería hacer es una reflexión en cuanto a este tema de arbitrajes no presenciales.

Este era un tema que ya se venía adoptando, que ya venía siendo conversado, instaurado y tratado en varios eventos, foros y discusiones dentro de los propios centros de arbitraje y ya se venía sugiriendo la idea, y, realmente, nosotros, recuerdo, hace unos dos o tres años atrás, de repente, empezamos, por ejemplo, a trabajar temas virtuales, digamos, envío de comunicaciones a través de solamente correos y empezamos a sentir resistencia, había resistencia de muchos usuarios del arbitraje.

No sabemos los factores. Podemos decir, por un lado, que querían, tal vez, quedarse en la zona de confort, no les interesaba aprender estas herramientas virtuales, pero también debemos decir, especialmente, en el lado peruano, tal vez, que había mucha escasez del desarrollo tecnológico.

Tal vez no tenían los equipos informáticos, no tenían el alcance de estos datos de internet que, a veces, la conectividad fallaba, incluso, hasta ahora viene fallando.

Entonces, digamos que, dado a estas situaciones, no había ese deseo de: «Bueno, voy a hacer el esfuerzo para aprender», porque no había el interés, pero, ¿qué pasó? De pronto, de un momento a otro, tuvimos, como bien han dicho todos, vino esta pandemia, hubo que continuar con los

arbitrajes, y entonces nos enfrentamos a una situación de tenemos que continuar, tenemos que continuar con nuestros procesos, con nuestros arbitrajes, y, entonces, ¿cómo hacemos?, ¿cómo pasamos de gestionar un arbitraje presencial a una virtualidad?

Y, bueno, yo, obviamente, he estado pensando que existen unos tres aspectos que los centros que gestionan arbitrajes, tienen que tener en cuenta.

Por ejemplo, antes teníamos el tema logístico, el tema de infraestructura. Bueno, pues, ahora ese tema logístico, infraestructura, en realidad, ha quedado un poco relegado, tal vez ya no es tan importante la infraestructura, obviamente, sino el tema del desarrollo tecnológico.

La universidad, bueno, en el caso nuestro de la Universidad Católica, tiene ya plataformas virtuales desarrolladas; nosotros mismos estamos desarrollando nuestra propia plataforma virtual, y estamos justamente poniéndonos a disposición de las partes, entregando las actuaciones arbitrales de manera digital, haciendo todo lo posible, por lo que, lo anterior, estuvo de manera presencial, de manera física, pasarlo al tema virtual.

Entonces, este desafío, en realidad, de arbitrajes presenciales, es el desarrollo tecnológico que ahora un centro de arbitraje tiene que ofrecer, el poder estar conectado, de alguna manera, con las partes, con los árbitros, tener una página web correcta, que tenga los datos correctos, de repente, no tanto el teléfono, sino, más bien, los correos, y, obviamente, el tener una constante comunicación es lo que en este momento se tiene que poner a disposición de todos los usuarios.

El segundo aspecto que también estaba viendo, era el tener una normativa, éste es un segundo desafío, una normativa que se adecúe a la nueva realidad.

Yo recuerdo que antes sí podíamos llevar, de repente, arbitrajes de manera virtual, pero una vez más, no deseaban las partes usarlo.

Bueno, pues, ahora, con esta nueva realidad lo han tenido que aceptar; y es más, hemos tenido nosotros que realizar protocolos de atención, donde no solamente se ve el tema tecnológico, tener tipo mesa de partes virtuales, sino también reglas especiales para, por ejemplo, lo que vamos a ver más adelante, este tipo de audiencias.

Entonces, nos damos cuenta de que la realidad se impuso y tuvimos que adaptar todas nuestras reglas y se adaptó, y pero lo más importante que creo, y es el tercer aspecto, es que los operadores del sistema, es decir, nuestro personal, las partes y los árbitros, son los llamados a utilizar todo este desafío, por ejemplo, de desarrollo tecnológico. Por ejemplo, el tema de la normativa, tienen que saber utilizar.

Entonces, ahí es algo superinteresante porque yo creo que el personal interno, por ejemplo, nuestro, ya se adaptó a las condiciones de trabajar de manera remota; a estar siendo capacitados; a estar constantemente en reuniones de manera virtual.

Por ejemplo, un centro tiene el desafío de tener a su personal interno capacitado en temas tecnológicos; a estar preparándose constantemente; a comunicarse con las partes ahora de otra manera. Y, obviamente, los usuarios, las partes y los abogados, qué desafíos se tienen con ellos.

Pues, aquí hay que ver las particularidades de cada parte. Por ejemplo, tengo, recuerdo hace algunos meses atrás, el personal del Estado, las procuradurías nos decían que ellos no podían acercarse a las oficinas, no tenían las actuaciones arbitrales, tenían poca conectividad, cosa que ha ido cambiando a lo largo de estos meses, y que, digamos, a pasos agigantados, hemos ido poniéndonos al día entre las partes y el centro.

Y, bueno, nosotros, como siempre, brindándoles acceso a las actuaciones arbitrales, y, obviamente, educarlos en las herramientas de nuestra plataforma.

Ése es también un desafío que los centros tienen: educarlos en sus propias plataformas para que se acostumbren. Hay un poquito que dejar de lado la zona de confort, las costumbres anteriores.

A los árbitros, ¿qué se les dice? Que tienen que aprender el manejo de las herramientas virtuales, tienen que aprender también el manejo de las herramientas de los propios centros.

En el caso nuestro, nuestro protocolo, nuestras plataformas, para que puedan estar y seguir todavía en oferta, porque siempre hay alguien que no sabe manejar, de repente, alguna plataforma. La plataforma Zoom o Google-Meets, o no sabe cómo entrar, pues, definitivamente, va a quedar rezagado en el trabajo y ya no va a poder, de repente, estar en este tipo de procesos.

Los árbitros tienen una gran misión en este momento: facilitar el desarrollo del arbitraje. Ellos tienen que orientar a que las partes confíen en ellos y confíen en el uso de las plataformas; confíen en los centros para que puedan, de alguna manera, desarrollarse de manera normal en los arbitrajes.

En general, me queda decir que, si es que tanto los usuarios trabajan, que son las partes, los abogados y los árbitros, y, obviamente, nosotros como centro, nos estamos amparando en la buena fe, yo creo que este desafío va a ser muy rápido superarlo. Ya lo estamos superando, ya se ha normalizado en nuestro centro la totalidad de los arbitrajes. Por ahí quedan, de repente, algunas cosas, y creo que, bueno, culminando, cerrando la idea, creo que esto ha sido algo positivo, hay que ver que es algo positivo porque nos ha logrado rápidamente poner a la vanguardia de lo que es el desarrollo tecnológico y llevar los arbitrajes de manera virtual sin ningún problema.

**Irma Rivera Ramírez:** Muchísimas gracias por su visión y nos encantaría, por favor, si el doctor Ortiz podría comentarnos qué opina de estos desafíos a los que nos estamos enfrentando en estos arbitrajes que no son presenciales.

Muchas gracias.

**David Ortiz Gaspar:** En principio, quiero agradecer al Centro de Conciliación y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú por la cordial invitación, y por permitirme estar presente en este evento y compartir el panel con destacados profesionales.

Respondiendo a su pregunta, voy a desarrollar este apartado teniendo en cuenta la experiencia de la procuraduría pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y señalar cuáles fueron las principales dificultades y desafíos que tuvimos para adaptarnos a este arbitraje virtual, así como las acciones que hemos implementado para lograr tal fin. Pero, antes de responder y dentro del plazo que se me ha otorgado, quiero realizar la siguiente introducción.

La procuraduría pública del Ministerio de Transportes tiene a su cargo la defensa jurídica de, aproximadamente, ochocientos arbitrajes.

De estos ochocientos arbitrajes, el 55% de los arbitrajes están vinculados a obra pública, un 25% a bienes y servicios, y el 20% restante a expropiaciones, concesiones de obras de infraestructura vial, comunicaciones, y un 1% vinculados a controversias de temas laborales o arbitrajes económicos.

De ese universo, el 85% de estos arbitrajes son arbitrajes institucionales, y gran grupo de arbitrajes, justamente, están en instituciones como el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del Colegio de Ingenieros del Perú, del OSCE y de la Cámara de Comercio de Lima, y un 15% de arbitrajes son *ad-hoc*. Básicamente, dentro de este grupo están, pues, los arbitrajes, por ejemplo, vinculados a expropiaciones y a concesiones.

Entonces, ante estas políticas sanitarias de aislamiento social obligatorio, y las políticas del estado de emergencia, decretado por el Poder Ejecutivo, la procuraduría pública, a fin de coadyuvar con la continuidad del desarrollo de procesos arbitrales, hemos visto conveniente clasificar todos esos arbitrajes que he mencionado, en tres grandes grupos.

Por ejemplo, un primer grupo está vinculado a los procesos arbitrales que están en etapa de constitución de tribunal arbitral. Es decir, los que están, por ejemplo, en petición de arbitraje y absolución de ésta, designación del árbitro por las partes o designación del presidente del tribunal arbitral, ya sea por la institución arbitral que administra el arbitraje o por los árbitros.

Un segundo grupo está vinculado a los procesos arbitrales con plazos para laudar o pendiente de un pronunciamiento del tribunal arbitral, con respecto, por ejemplo, a alguna solución o alguna solicitud contra el laudo.

Y un tercer grupo vinculado a procesos arbitrales con actuación sustancial; así lo hemos denominado: actuación sustancial pendiente.

Y acá, pues, están aquellos procesos en los que está pendiente una contestación de demanda, una absolución de una pericia.

Está pendiente, por ejemplo, una audiencia de debate pericial, una audiencia de inspección ocular, entre otros.

Entonces, solamente para contextualizar. En el tercer grupo que he señalado se encuentran, aproximadamente, el 95% de los arbitrajes que tenemos en trámite.

Y, si vemos la tipología de estos arbitrajes, podemos encontrar los siguientes, por ejemplo, estos arbitrajes están vinculados a deficiencias del expediente técnico, ampliaciones de plazo y reconocimiento de mayores gastos generales, a la pérdida de productividad, interrupciones, penalidades y tasaciones.

Entonces, como podemos observar, el común denominador de todas estas controversias son técnicas, y para una óptima defensa de los intereses del Estado, necesitamos de manera casi obligatoria, contar con la colaboración de las áreas técnicas.

Por ejemplo, ya sea esto de los administradores de contrato, y, por lo general, éstos son, pues, ingenieros civiles, arquitectos, economistas, contadores.

Entonces, como vemos, el sector público y también en el sector privado se ha establecido, pues, el trabajo remoto como una medida para reducir los efectos o reducir los contagios de la covid-19, motivo por el cual, ante, por ejemplo, las áreas usuarias no están laborando con el 100% del personal técnico, sino con el tercio del personal, incluso otras con personal mínimo.

Y este personal se encarga, por ejemplo, de hacer el seguimiento de la ejecución contractual de los contratos, y esto consiste, por ejemplo, en hacer pronunciamientos sobre los pedidos de ampliación de plazo que está realizando el contratista, pronunciarse con respecto a la solicitudes de adicionales de obra, de estos temas de negociación de los contratos, con este tema de la covid, ha generado, pues, modificación de las cláusulas contractuales, por ejemplo, elaboración de los protocolos sanitarios y, además, de todo esto, colaborar con los informes técnicos que la procuraduría pública requiere.

Entonces, es por esa razón justificada que en las procuradurías públicas se ha decidido solicitar en todo este período de estado de emergencia, la suspensión de las actuaciones arbitrales, básicamente, en este tercer grupo de arbitrajes que he señalado, de lo contrario, estaría en riesgo, consideramos, el derecho de defensa de la entidad.

Similares propuestas se han adoptado, por ejemplo, en el Poder Judicial y en el Ministerio Público, y ante este pedido, pues, queremos agradecer a las instituciones arbitrales porque han tomado en cuenta esta problemática y han decidido suspender los procesos arbitrales y, ante esta situación hemos tenido una serie de desafíos y dificultades.

Por ejemplo, hemos visto necesario la implementación del expediente virtual, que antes no lo teníamos.

Ahora, por ejemplo, el despacho ya es proveído de manera virtual. La mesa de partes es ahora virtual. Se rompe, pues, el rito de la notificación física que ha señalado la doctora Rodríguez en su pronunciamiento.

Por ejemplo, se ha implementado la firma electrónica, se ha realizado la ampliación de la capacidad de los correos institucionales, hemos adquirido licencias, por ejemplo, de plataformas, Zoom, Dropbox, Cisco y otros. Hemos realizado la conexión remota de las PCs con las computadoras del centro de trabajo; hemos implementado una sala de audiencias virtuales, y las coordinaciones que los abogados de la procuraduría pública realizan con los técnicos de las áreas usuarias, se hacen, pues, mediante vía Zoom.

Entonces, asimismo, ya en la práctica arbitral las partes hemos decidido de manera voluntaria modificar las reglas que se habían fijado en el proceso arbitral.

Por ejemplo, las reglas con relación a la notificación de resoluciones, audiencias virtuales y notificación de laudo arbitral, ahora éstas se dan mediante correo electrónico, por ejemplo.

Entonces, de manera general y para contestar la pregunta, éstos son los desafíos que hemos tenido para acomodar este arbitraje virtual y, bueno, quedo presto para la segunda etapa de las preguntas.

Muchas gracias.

**Irma Rivera Ramírez:** Doctor, muchas gracias por compartirnos sus experiencias, y ahora nos encantaría, por favor, escuchar al doctor Franco sobre todos estos desafíos que usted ha encontrado del rol de árbitro, porque ése es un rol que juega un papel muy importante en todo el proceso arbitral, y, seguramente, ha tenido experiencias que le han ayudado a construir un mejor desarrollo de sus procedimientos.

**Eric Franco Regjo:** Muchas gracias, Irma.

Buenas noches con todos. Es un gusto estar acá. Agradezco en especial al centro por la invitación; y, bueno, sí, el tema, realmente, esta pandemia nos ha hecho hacer un cambio que, probablemente, nos iba a tomar años, o quizás nunca lo íbamos a hacer.

En ese sentido, bueno, haciendo un balance porque, realmente, hay mucho que comentar, quizá podría empezar diciendo que los tribunales arbitrales, creo que toman muy bien la virtualización. Creo que ha sido bastante fácil para los tribunales adaptarse, en general, a este nuevo ambiente. Sin embargo, creo que las partes son, más bien, a las que les ha costado más.

Claro, la parte tiene la carga de presentar su caso, y para presentar su caso, quiere tener el mayor control sobre la interrogación de testigos, o la interrogación del perito, quiere tener una interacción mucho más cercana con el tribunal para ver cómo es la reacción. Y, claro, por un medio virtual, hay menos control sobre eso, definitivamente.

Entonces, yo creo que si se hace un primer análisis en cuanto a, digamos, qué tan rápido se han adaptado los tribunales y las partes, diría que los tribunales se han adaptado más rápido que las partes, pero lo que sí veo es que es increíblemente fácil coordinar.

O sea, una testimonial, una audiencia pericial, que antes podía ser muy complicada de organizar, de encontrar una fecha para que todos puedan asistir, inclusive una audiencia, simplemente, para que haya una interacción sobre los siguientes pasos del proceso.

Recuerdo que cuando recién se levantó la cuarentena hubo varias reuniones, solamente para que las partes y el tribunal vean cuáles iban a ser las reglas para retomar el caso, por ejemplo, y recuerdo que esas audiencias se pudieron llevar a cabo con una coordinación de días, algo que antes hubiera sido impensable.

Bueno, igual, traer un testigo es mucho más fácil que sea remoto, y si tiene que ver con partes que están en otras partes del Perú, inclusive en el extranjero, inclusive más fácil.

Entonces, realmente, bueno, creo que hay muchísimas ventajas y flexibilidad que hay que valorar.

Un problema recurrente, claramente, es el problema de conexión, porque ahora todo el mundo depende de la conexión. Y con relación a la conexión hay, bueno, los problemas reales.

Ha habido muchas audiencias; he tenido audiencias donde realmente ha habido conexión mala, y una parte está conectada y después se desconecta, y así sucesivamente. Y, bueno, ahí viene, pues, obviamente, la preocupación sobre la capacidad de la parte para presentar su caso, y si tiene, está ejerciendo su derecho de defensa.

Y, bueno, la mayoría de las veces se ha solucionado solamente con paciencia. A veces funciona más el *wi-fi* y a veces funciona el teléfono. Lo importante es que hay varias formas. Entonces, conforme vamos viendo cómo funciona la conectividad, podemos también estar más preparados para saber que, si falla el *wi-fi*, podemos conectarnos por el teléfono y ese tipo de cosas que, al final, pueden ser muy importantes.

También tenemos los problemas potenciales. Hay muchos problemas o muchas partes, especialmente, que no tienen un problema concreto, pero que creen que lo pueden tener en el momento, y eso hace que tengan reparos, en general, con una audiencia virtual, por ejemplo, y, bueno, ahí, digamos, puede ser fundado o puede ser infundado, porque puede ser que cuando llegue el momento, suceda algo o puede ser que no suceda.

Y también hay partes que han mostrado una actitud, digamos, tomar estas excusas para evitar que el arbitraje avance. Y ahí sí hay que tratar de tomar medidas para que si hay una justificación que sea acreditada, por ejemplo, me imagino que todos ya estamos familiarizados con el *test* de la calidad del servicio de internet y que te manden el pantallazo y, bueno, es

realmente, algo que presenta sus retos porque a veces hay que hacerlo rápido, pero es algo con lo que hay que lidiar, el tema de la conexión realmente sí es muy importante.

Bueno, de ahí hay un tema muy interesante que, si hay un derecho a una audiencia física que lo vamos a conversar un poco más adelante. Ha habido, en todos estos meses, una serie de guías y documentos sobre conducción de arbitrajes virtuales que realmente es interesante leerlos por cosas como, por ejemplo, que todos los que estén participando en la audiencia tengan una indicación clara de su nombre, de su nombre completo, las cámaras estén prendidas, por ejemplo, más bien temas de seguridad también es importante, es relativamente fácil que haya una grabación indebida de una audiencia, y que también se pueda compartir una pantalla sin autorización.

Entonces, éstos son algunos detalles que hay que tener cuidado, hay que ver cómo tratar de tener más seguridades con el tema de la seguridad cibernética y es real. Entonces, hay que tener cuidado con esto.

Algo que ha sido interesante, por ejemplo, y que ha estado fluyendo bien, es que al inicio de la audiencia, todos los participantes se registran; y, al final también se hace un cierre y queda una constancia, en un acta que se envía a las partes.

Es una buena práctica y está funcionando bien, no ha habido mayores inconvenientes en lo que yo he podido apreciar.

Luego, también, hay algunas anécdotas, como la susceptibilidad de algunas partes con la actitud de algunos árbitros también, de repente si un árbitro está cansado y en un momento bosteza, o no sé, apaga la cámara por un momento, y la pregunta es ¿por qué apagó la cámara? Pero, bueno, creo que son cosas normales.

Entonces, bueno, como un pantallazo general diría que, en general, el balance es muy positivo. Mi percepción es que los arbitrajes están avanzando mucho más rápido, en realidad, que las coordinaciones están yendo

bastante más ágiles, que los expedientes están más ordenados porque están puestos en formato digital al alcance de todos.

Entonces, yo creo que el balance es bastante positivo. Hay algunos temores con relación al derecho de defensa, especialmente, cuando entre las partes puede haber una discrepancia sobre plazos, ahora con el covid, lo que comentaba el doctor Ortiz sobre coordinaciones internas entre las partes, es un reto real, pero, digamos, salvo por eso, creo que la adaptación está siendo bastante positiva para el arbitraje, en general.

**Irma Rivera Ramírez:** Doctor, muchísimas gracias.

Haciendo un poco un compendio de todo lo que nos han preguntado nuestros panelistas, es interesante mirar que todos coinciden en que esta realidad nos obligó a actualizar reglas de procedimientos y, posiblemente, a cambiar actitudes, aunque la virtualidad ya existía desde antes.

Hay un tema que también resalto y es que se busca que todos estos trámites, por supuesto, protejan la buena fe de las partes; se lleven con buena fe, se respete el derecho de defensa y se ajusten los procedimientos de manera tal que tengan igualdad de oportunidades y, que ese caso, sea fallado de la mejor forma por los árbitros.

Obviamente, la tecnología implica que todos los que estamos involucrados en esta nueva realidad, conozcamos los mecanismos, nos actualicemos y los utilicemos de manera correcta, por supuesto, protegiendo el caso, protegiendo la confidencialidad en temas que son sensibles, pero sobre todo buscando una solución adecuada a esa controversia, la cual, pues, después de mucho trabajo, pues será el laudo arbitral que profiera ese tribunal.

Hay un tema interesante y eso nos lleva a nuestra segunda pregunta y es que estos trámites se tramitan, valga la redundancia, a través de audiencias, y se ha empezado a presentar una discusión entre ¿es posible obligar a las partes?, ¿es posible obligar a los árbitros?, ¿es posible obligar a terceros? o ¿es posible imponer la realización de audiencias presenciales?, ver estas

audiencias virtuales que nosotros, de las que estamos hablando en este trámite, y a mí me gustaría, por favor, oír la opinión de ustedes con relación a ese tema y me gustaría darle, por favor, la palabra a la doctora Silvia.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Gracias, Irma, nuevamente.

Bueno, es interesante. Nosotros ya estamos operando al 100%; nuestros arbitrajes están avanzando sin ningún problema y ya hemos tenido desde julio que ya se terminó de levantar esta suspensión de plazos, un poco más de veinte audiencias virtuales que se han llevado sin ningún problema.

Sí hemos tenido, y debo confesarlo, sí hemos tenido personas que nos han pedido, usuarios, varios que nos han pedido audiencias presenciales.

Obviamente, esas audiencias presenciales no se han dado; ha sido decisión de los árbitros, pero también quiero mencionar y aprovechar en este momento, de repente, a que hay que revisar las normas de salud.

Nosotros tenemos, obviamente, como institución un protocolo; es conocido, pero también hay una normativa de salud en el Perú. No sé si hay gente en el extranjero que nos está viendo, hay una normativa que habla de tenerlos, digamos, el grado de presencialidad solamente a lo esencial.

En el caso de la Universidad Católica, por ejemplo, está privilegiando todo el trabajo remoto, todo lo que se puede hacer de manera virtual.

Entonces, en la política de nuestra universidad no trabajamos temas presenciales, si no es absolutamente necesario.

Entonces, tenemos un protocolo que está en nuestra página web, en la que dice, por ejemplo, que una audiencia presencial es absolutamente excepcional: solamente para dos motivos, que es para lo que es una testimonial o una exposición de perito; una audiencia pericial como la llamamos, y sólo si los árbitros lo autorizan, a pedido de una parte.

Es decir, una parte tiene que pedirlo, y pedirlo significa justificarlo. No decir «quiero una audiencia presencial», como, por ejemplo, hasta este momento algunos usuarios lo piden. Lo tienen que justificar; por qué.

Y, entonces, ahí yo, por ejemplo, ante un pedido de éstos, si algún árbitro me pedía a mí una opinión, yo le haría la siguiente reflexión al árbitro, ¿Para qué se necesita esa audiencia? O sea, qué se está buscando con la presencialidad. Ya no es, simplemente, yo quiero reunirme porque quiero reunirme, sino por qué es que buscas una presencialidad. ¿Hay alguna situación en particular que está sucediendo?

Yo, un poco, haría la reflexión a los árbitros porque, obviamente, el hecho de tener una sesión presencial va a generar una serie de consecuencias.

Por ejemplo, la universidad pide el cumplimiento del protocolo sanitario en el que va a haber declaraciones juradas, que si han tenido fiebre, que si han estado rodeados de personas que han estado con el covid, y que tienen, por ejemplo, que venir con las máscaras, estar con el distanciamiento, etc.

Por ejemplo, en nuestra sala el aforo es la mitad, o sea, se ha tomado una serie de previsiones y esto genera una serie de consecuencias que no es fácil.

O sea, hay que tener cuidado porque la consecuencia puede ocurrir que se contagien, haya una persona contagiada, y, entonces, comenzamos a tener un poco de ver, de voltear ante quién fue el responsable: la parte que lo pidió, los árbitros que lo aceptaron, el centro.

Entonces, hay una serie de problemas que podrían generarse por esto.

Recuerdo uno de los secretarios que nos acompañan acá, recuerdo que me mencionó que, no era arbitraje, felizmente, una sesión presencial de una de las juntas de resolución de disputas, en una visita de campo, nos ha mencionado que, coincidentemente, después de esa visita de campo, uno de los participantes se contagió del covid.

No se sabe si fue por esa visita de campo que tuvieron que hacer, y que nosotros, obviamente, desaconsejamos y les dijimos no lo hagan.

Entonces, es bien importante tener en cuenta que una audiencia presencial en estas circunstancias, creo que amerita una justificación que va más allá del tema del derecho de probar, del derecho de defensa. Por encima de eso está el derecho a la salud.

Yo solamente quería mencionar no necesariamente una audiencia, porque no hemos tenido audiencias presenciales, sino, por ejemplo, con las actuaciones de las pruebas.

Ya nos ha pasado que se ha tenido una pericia grafotécnica y ha tenido que ir la persona, obviamente, con todas estas medidas de seguridad que les menciono, y había, por ejemplo, tres personas, una de las cuales estaba sentada mirando su celular, mientras que el perito y el abogado estaban mirando, tomando las pruebas y las fotos, etc.

Entonces, es interesante porque también pueden darse, no solamente las audiencias presenciales, sino de repente, la situación que les menciono. O sea, probar algo, en ese punto específico, una prueba grafotécnica, por ejemplo, imposible hacerla a través del Zoom, a través de no sé, del Drive, de repente, de Google. Creo que sí se tiene, en realidad, que pensar esto.

Lo más reciente que nos ha ocurrido a nosotros, y, en realidad, ahí hay un, incluso, hasta problemas de zonas de aislamiento obligatorio que todavía en el Perú existen zonas de aislamiento social obligatorio. Por ejemplo, una inspección ocular, que sé que se ha dado en, que se va a dar en un caso. Se ha quedado que uno de los árbitros va a ir, no va a acompañar por decisión, obviamente, de la Universidad, no puede acompañar ninguno de nuestros abogados. Va a ir solamente el árbitro y ya han tenido que ver si la zona estaba con aislamiento social obligatorio.

Yo me pongo a pensar, bueno, de repente hay otras posibilidades: el uso de drones, el uso, no sé si el Google Maps tiene algún tipo de servicio de poder revisar.

Yo creo que sí debería propenderse y evitar, definitivamente, cualquier presencialidad, cualquier servicio presencial, y más bien, justificar muy bien el asunto. Por eso les decía, o sea, que hay que hacer una reflexión. ¿Para qué? ¿Qué es lo que se está buscando? ¿Un informe oral? No tendría ninguna lógica. Una exposición de hechos, ¿para qué?

Nos ha pasado lo que sí también les pido, obviamente, a todos los usuarios de nuestros centros, que cuando están en una audiencia virtual, pues nos concentremos en que estamos en la audiencia virtual. Lo que sí hay que, a veces, entonces, de repente desconecta, pero también nos ha pasado que está manejando y está en plena audiencia. No es lógico eso. O sea, debería estar totalmente atento a la situación, a lo que se está viniendo.

Entonces, yo creo que también es cuestión de tiempo de adaptarse nuevamente a esta realidad; adaptarse a que la presencialidad realmente no es necesaria, y solamente usarla cuando sean ese tipo de cosas. Por ejemplo, es una pericia, una prueba grafotécnica o, de repente, algún tipo de pericia que sea tan especial.

Recordemos que hay personas más sensibles que otras al contagio. De repente un perito mayor, un árbitro mayor podría contagiarse mucho más rápido o tener consecuencias más graves en esto.

Yo creo que es muy importante por eso tener en cuenta las disposiciones del gobierno y las disposiciones internas del centro.

**Irma Rivera Ramírez:** Doctora, muchísimas gracias.

Doctor Ortiz, ¿qué opina usted de esta situación o esta discusión que se está empezando ya a dar sobre las audiencias presenciales y las no presenciales?

Muchísimas gracias por su opinión.

**David Ortiz Gaspar:** Muy amable por la pregunta. Procedo a responder. Considero que una de las características del Estado o de un Estado consti-

tucional de derecho como el que tenemos en el Perú, es la vigencia plena de los derechos fundamentales.

En ese sentido, las actuaciones, incluso, las omisiones de los actores del arbitraje, y, en especial, considero de los árbitros al ser el principal actor del arbitraje, deben estar sintonizados con esta vigencia; es decir, la vigencia plena de los derechos fundamentales.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que en el actual contexto en el que estamos viviendo, y no solamente el Perú y Latinoamérica, existe el riesgo de ser contagiado con la covid-19, y, en consecuencia, y, por lo tanto, considero que las decisiones de los actores del arbitraje deben estar dirigidas a minimizar dicho riesgo. Y, para ello, se debe utilizar todas las herramientas que el arbitraje y las buenas prácticas arbitrales nos facilitan. No hacerlo considero que podría generar graves afectaciones al derecho a la vida y la salud de los participantes del arbitraje. Entonces, me hago la pregunta ¿se puede imponer la realización de una audiencia presencial?

Considero que en este supuesto el tribunal arbitral deberá hacer una estricta ponderación entre el derecho a la salud y la vida de los participantes del arbitraje, y el derecho de una parte a contar con una audiencia presencial, con el contexto descrito y ante la irreparabilidad de los derechos fundamentales en juego, yo creo que existen más razones jurídico-constitucionales para preferir el derecho a la salud y la vida de los participantes del arbitraje; y, además, el arbitraje nos facilita valiosos instrumentos para asegurar la eficacia del derecho de defensa de las partes en las audiencias no presenciales.

Sólo por citar algunos, por ejemplo, el protocolo de atención de servicios del centro de arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la nota práctica n.º 1-2020 para la implementación de medios virtuales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, nos brindan interesantes herramientas para llevar con éxito una audiencia no presencial.

Asimismo, y al no tener base normativa por ahora en el Perú, es importante recurrir a las buenas prácticas del arbitraje internacional. Por

ejemplo, de las normas de *softlaw*. Por ello, debemos tener en cuenta, por ejemplo, la nota que publicó la CCI sobre posibles medidas para mitigar los efectos de la covid-19.

Asimismo, utilizar las herramientas virtuales que sugiere la guía de recursos tecnológicos para practicantes del arbitraje, de la IBA del año 2017, y, por supuesto, considero que esto también es importante, y más adelante lo voy a desarrollar, las recomendaciones que el Protocolo de Seúl para videoconferencias en el arbitraje internacional del año 2018, nos facilita.

Por ejemplo, este protocolo nos brinda una guía sobre cuestiones y requerimientos tecnológicos que se debe tener en cuenta para lograr audiencias virtuales que satisfagan los derechos y obligaciones de las partes, prevaleciendo principios fundamentales como, por ejemplo, el trato equitativo y la plena oportunidad para hacer valer nuestros derechos.

Así, para la realización de una audiencia sin interferencias que pudieran colocar a una, por ejemplo, a una de las partes, en desventaja procesal, dicho protocolo recomienda la realización de dos o tres audiencias, y eso es lo que se hace en la actualidad, antes de una audiencia importante, como por ejemplo, de informes orales, los árbitros y la secretaría arbitral coordina de manera previa con las partes para que se realicen dos o tres pruebas. Y los antecedentes de esto, por ejemplo, los podemos ver en este Protocolo de Seúl que hemos mencionado.

Estos arbitrajes también o estos documentos también tienen, pues, importantes recomendaciones que se pueden, incluso, aplicar a las actuaciones en los arbitrajes con el Estado, tales como, por ejemplo, con respecto a la designación de la plataforma digital, a las notificaciones, a la confidencialidad, a la audiencia de inspección ocular, a la exhibición de documentos, al interrogatorio, contrainterrogatorio, a testigos o peritos.

Entonces, yo considero que, si uno de los pretextos para poder solicitar una audiencia presencial es que se podría vulnerar el derecho de defensa de una de las partes, yo creo que ante este peligro, los árbitros tienen que ponderar el derecho a la vida, el derecho a la salud de los participantes del

arbitraje y este derecho no sé si tenga contenido constitucional porque no hay ningún desarrollo del Tribunal Constitucional ni de la Constitución, de contar con una audiencia presencial.

Entonces, ante pedidos o justificaciones de las partes, al momento de pedir o solicitar esto, el tribunal arbitral, yo creo que podría utilizar estos protocolos de estas instituciones arbitrales que he señalado e, incluso, aterrizar en la realidad peruana, teniendo en cuenta las particularidades de la realidad actual estas normas de *softlaw*.

Por lo tanto, yo creo que hay más razones, incluso, pragmáticas, hay más razones, incluso, de índole constitucional para escoger las audiencias no presenciales, al menos dentro de este contexto en el que vivimos.

Ya más adelante, de repente, cuando la situación haya sido superada, nos encantaría, de nuevo, volver a estas audiencias porque, de una u otra manera, es el momento estelar, estar en la audiencia de informes orales, tener ese contacto directo con nuestra contraparte, con el tribunal arbitral, pero ya yo creo que eso lo vamos a volver a retomar más adelante. Pero, por mientras, las audiencias no presenciales son un mecanismo eficiente para salvaguardar el derecho a la vida y la salud de los que intervinimos en el arbitraje.

Muchas gracias.

**Irma Rivera Ramírez:** Muchísimas gracias.

Y, por supuesto, nos encantaría conocer el punto de vista del doctor Franco sobre el tema.

**Eric Franco Regjo:** Bueno, creo que el punto de partida es que, digamos, nadie puede ser juzgado en la docencia, todo el mundo quiere, digamos, presentar su caso de manera directa y hay una investigación que ahorita está llevando Ica, que acaba de empezar con un grupo de investigación, justamente sobre si hay un derecho a tener una audiencia presencial.

Es una discusión, yo creo interesante de tener, pero quizás decir que, en cuanto a probabilidades, sencillamente, de lograr concretar una audiencia presencial, es mucho más probable que se pueda llevar una virtual. Entonces, de ahí es, simplemente, en probabilidades y en costo, y en facilidad tema logístico, es más fácil la virtual que la presencial.

Luego, vienen ya los temas de índole constitucional también de derecho a la vida, es otra vista, y lo que yo quisiera hacer es repasar algunos artículos de la ley de arbitraje que me parecen interesantes.

El artículo 38 de la ley de arbitraje dice: Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje».

Ése es el primer artículo que quisiera comentar y el segundo es el artículo 42, que es sobre audiencias y dice: El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de las actuaciones a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrarán audiencias. Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes, salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal, todas las audiencias y reuniones serán privadas.

De todas las alegaciones escritas, documentos y demás información que una parte aporte al tribunal arbitral, se pondrá en conocimiento a la otra parte. Asimismo, se pondrá a disposición de las partes cualquier otro material perteneciente a la controversia, que sea entregado al tribunal arbitral por las partes o por cualquier tercero y en los que puedan fundar decisión.

En esta capitulación normativa, lo que vemos es que hay un derecho a audiencia. Creo que eso no se puede negar. La pregunta es si la audiencia

tiene que ser presencial o puede ser virtual, y creo que en esa discusión tendría que justificarse muy bien para decir que, en realidad, una audiencia presencial tiene ventajas sobre una audiencia virtual, lo cual, realmente creo que no es tan fácil de poder demostrar.

Entonces, bueno, ése es un comentario general que quisiera hacer al respecto.

**Irma Rivera Ramírez:** Doctor, muchísimas gracias.

Creo que algo en lo que han coincidido todos, es que el tema de audiencias presenciales *versus* audiencias no presenciales, es una discusión.

Primero que no es tan nueva porque antes había una diferencia. La gente prefería, por supuesto, las audiencias presenciales. El mundo cambió, y ahora empieza como a haber una pugna entre varios derechos: el derecho a que yo tenga una audiencia en donde pueda tener un contacto directo con los árbitros y las partes, el derecho a que para algunos eso podría afectar el debido proceso, la igualdad de esas partes, y que pase, entonces, también con otros derechos que son fundamentales, como lo son el derecho a la salud e, importantísimo, el derecho a la vida, porque de un contagio producto de una audiencia, se pueden generar, pues, unas consecuencias, pues catastróficas para quien interviene en esa audiencia.

Pero, por supuesto, eso tiene que tener un balance para que los derechos de las partes que están enfrentadas en ese conflicto, obtengan una resolución justa, adecuada, y hayan tenido todas las oportunidades para presentar su caso de manera completa.

Creo que otro tema interesante es que ya los centros, algunos ya tenían reglamentaciones que permitían que los árbitros tomaran esas decisiones, otros tribunales arbitrales han acudido a las partes para que todos estén de acuerdo en la forma que se va a desarrollar el proceso, y volviendo un poco a algo que se mencionó en las respuestas de las primeras preguntas, lo que se busca porque ese trámite arbitral sea respetuoso de la ley, sea respetuoso de los derechos y se lleve a cabo de buena fe.

Vamos a ver en los próximos meses, dependiendo de cómo esta situación se desarrolle, para ver si es posible que se pueda volver a tener esta cercanía, pero, desde mi punto de vista personal, la utilización de los medios tecnológicos, es algo que, posiblemente, ha llegado para quedarse.

Vamos a ver en qué tanta proporcionalidad se queda, porque tiene algunas ventajas que algunos de ustedes lo mencionaron, como son, por ejemplo, el tema de costos, el tema de celeridad, frente a otros temas que, seguramente, van a seguir construyéndose y mejorando.

Les quería agradecer a los panelistas por sus intervenciones. La organización me está enviando algunas de las preguntas de nuestro público, a quien quiero agradecer las inquietudes que nos están formulando, y quisiera iniciar, entonces, con una primera pregunta y el que quiera contestarla, por favor, siéntase en la libertad de hacerlo.

La primera pregunta dice: «En el caso de los usuarios que iniciamos sus procesos de arbitraje con anterioridad a la pandemia, y que ahora por la pandemia se resisten a realizar su proceso de manera virtual por razones personales o logísticas, aun con el protocolo, en la práctica, ¿de qué manera lo están viabilizando?»

No sé quién nos podría contestar esa pregunta.

Doctora Silvia.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Sí, bueno.

Sí hay casos en los que se están resistiendo al protocolo, es decir, a trabajar todo de manera virtual. No quieren usar la mesa de partes virtual; no quieren ser notificados de manera virtual. Hay casos así.

Nosotros como centro, obviamente, somos respetuosos del tema, pero, obviamente, se tienen que también ir adaptando.

¿Qué estamos haciendo en estos momentos? Pues, estamos notificando por correo, y a la vez, estamos notificando de manera presencial.

Curiosamente, aquéllos que se resisten a trabajar de manera virtual, cuando uno va a hacer las notificaciones, no están atendiendo. Nos ha pasado. Entonces, es bastante curioso que alguien no quiera trabajar de manera virtual, pero cuando uno va a entregarles notificaciones de manera presencial, pues se está haciendo, no atienden. Es decir, están cerrados justo por la pandemia.

Entonces, esto nos hace ver que tal vez es una actitud, lamentablemente, obstruccionista para el desarrollo del arbitraje.

Aquellas personas que todavía, de repente, están presentando, haciendo uso de la mesa de partes física que todavía la tenemos en horario, obviamente, reducido, es mucho más ventajoso usar la mesa de partes virtual. Ya saben porque está el protocolo, que este documento ingresa a una cuarentena, a fin de evitar que se vaya a, de repente, a contagiar las personas que lo puedan abrir. En los papeles hay mucho contagio.

Entonces, se da un tiempo de cuarentena y luego lo abrimos y lo ingresamos. Es decir, todo está en el protocolo. Felizmente, son casos mínimos de los más de novecientos casos que tenemos en trámite, y podríamos decir que son excepcionales, y podríamos decir que, en algún momento, pues, terminarán porque son los que ya están bastante avanzados, como bien lo dice la pregunta, es alguien que ya tuvo su arbitraje desde antes de la pandemia.

**Eric Franco Regjo:** Quizás, un comentario también. Creo que es importante que ante, digamos, cuestionamientos, haya la oportunidad de un diálogo.

Y, con el diálogo hay muchas veces que se superan las preocupaciones. Entonces, si muchas veces ha habido casos, hemos tenido casos en donde ha habido una preocupación por algo puntual; por algo puntual que, de repente, no era cierto, que iba a suceder pero que era algo potencial, por

ejemplo, que una parte tenía un miedo de que algo pudiera ir mal por tal o cual razón.

Entonces, se habla y se puede hacer una excepción, inclusive, con acuerdo de las partes. Entonces, es importante creo eso y los medios virtuales lo permiten.

Otra cosa que es muy importante, el principio de buena fe del artículo 38 de la Ley de Arbitraje, ya lo mencioné, y el reglamento a adoptar del 2017, tiene el artículo 9.e) que señala, específicamente, el tema de los plazos.

Es un artículo muy interesante y dice: El cómputo de los plazos se rige por las siguientes reglas: [...] e) Si las circunstancias lo ameritan, el centro y, en su caso, el tribunal arbitral, pueden modificar los casos previstos en el presente reglamento o cualquier plazo que se fije, incluso los que pudieran haberse vencido.

Entonces, hay herramientas, creo que fomentar el diálogo es muy importante y el tratar de ver qué cosa es lo que realmente está preocupando a la parte.

Hay casos en que sí, va a ser una actitud obstruccionista, sin duda, pero en muchos casos hay algo atrás que se puede trabajar.

**Irma Rivera Ramírez:** No sé, doctor Ortiz, ¿si usted quiere comentar algo adicional?

**David Ortiz Gaspar:** Sí, quiero hacer un breve comentario también para acotar lo que ha señalado mis antecesores.

Yo hago esta intervención como, digamos, un actor del arbitraje con el Estado desde las procuradurías públicas.

Entonces, yo creo que, por ejemplo, durante este período de suspensión, ese período de estado de emergencia, al menos desde las procura-

durías públicas hemos solicitado estas suspensiones de estos procesos arbitrales, pero, digamos que, como señalé en mi posición, había razones justificadas de por medio.

Entonces, yo creo que se debe tener en cuenta eso, pero también se debe tener en cuenta que el Perú no es Lima, sino es mucho más.

Por ejemplo, hoy estaba revisando una estadística oficial. En el Perú tenemos, actualmente, 414 procuradurías. De esas 414 procuradurías, 204 procuradurías son distritales. En la procuraduría pública del MTC tenemos la política de gestionar las controversias; es decir, por ejemplo, no aparecemos cuando las controversias surgen, sino previamente, y eso nos ha permitido, por ejemplo, viajar al interior del país, conocer distritos alejados de la capital y nos hemos dado cuenta, con la dura realidad, de que no cuentan con Internet, no cuentan con luz durante el día y una serie de deficiencias. Y, bien, ellos ejecutan obra pública, porque la Ley de Contrataciones te señala de manera expresa en el Perú que cualquier controversia se va al arbitraje.

En consecuencia, de repente, si en la posta médica o el colegio que están construyendo en ese pequeño distrito se ha generado una controversia, y esa controversia, por ejemplo, está en el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, lo más probable con este caso en concreto, es que el procurador de esa Municipalidad Distrital, va a solicitar la suspensión del proceso arbitral y ahí mi pedido es que se observe la realidad de cada caso en concreto.

No es, digamos, que los procuradores públicos, de repente, nos quedamos dormidos en nuestra zona de confort, porque muchas veces es, digamos, los elementos necesarios técnicos que a veces no tenemos.

Si solamente, por ejemplo, en el caso de Lima, en el Ministerio de Transportes, como he señalado, tenemos cerca de ochocientos arbitrajes, y creo que tenemos los arbitrajes más complejos, con mayor monto de controversias, y pasar de la noche a la mañana de un arbitraje de la cultura de papel a un arbitraje virtual, pues, ha tenido que pasar por un proceso de

aprendizaje, y este proceso, y justamente ese plazo que hemos pedido, ese plazo de suspensión, no era para que, de repente, nosotros estemos guardados en nuestras casas y, de repente, esperando que el Poder Ejecutivo levante el estado de emergencia. No, al contrario, durante ese plazo hemos estado haciendo las coordinaciones con las áreas de logística, por ejemplo, para que eligieran las licencias de estos aplicativos o de estas plataformas digitales para que aumente, por ejemplo, la capacidad de los correos electrónicos.

También se dice que, a veces, las procuradurías públicas solicitan que se les notifique en físico y eso también no obedece, por ejemplo, a que, al procurador, pues, le gusta el papel. No, ¿sino por qué? Por las deficiencias que tenemos con los correos institucionales que tienen una mínima capacidad, y ha pasado, por ejemplo, algunos casos en donde, de repente, en un caso complejo se ha notificado una demanda con cantidad de anexos a un correo institucional de una procuraduría pública, y ésta no la ha podido recibir.

¿Y eso qué ha generado? Que, de repente, no pueda contestar la demanda dentro del plazo. Entonces, es por esas razones, ante esas circunstancias que nos obligaban a pedir que las notificaciones sean realizadas de forma física.

Pero, por ejemplo, durante todo este tiempo esto ya se ha superado, tanto es así que hemos propuesto, por ejemplo, en el caso del MTC, que, incluso, hasta en la notificación del laudo sea mediante correo electrónico. E, incluso, hemos fijado una mesa de partes virtual que todas las actuaciones, laudos, resoluciones, medios probatorios, todo, nos notifiquen mediante el correo institucional.

Pero, bueno, solamente, quería acotar esto, que las instituciones y los árbitros deben analizar cada caso en concreto, y ver, pues, la cantidad de procuradurías que existe en el Perú, y también la cantidad de arbitrajes.

Según cifras oficiales, por ejemplo, en el Perú existen más de tres mil cuatrocientos arbitrajes, y muchos de ellos están, pues, en el interior del

país. Y, lamentablemente, no tienen las mismas condiciones que tenemos acá en Lima.

Solamente quería complementar ello.

**Irma Rivera Ramírez:** Doctor, muchísimas gracias por sus comentarios.

Le tengo otra pregunta al panel, y en esta pregunta la duda es la siguiente: ¿En qué medida, la virtualidad en las audiencias, afecta a la intermediación? ¿Quién quisiera hacernos algún comentario con relación a este tema?

**Eric Franco Regjo:** Bueno, del punto de vista del tribunal, digamos, y bueno, también como la parte, yo creo que hay una diferencia, definitivamente, entre la interacción física y la interacción virtual; definitivamente la hay.

Interrogar a un testigo, un perito de manera virtual no es lo mismo que de manera física, pero la pregunta sería si es que hay realmente una gran diferencia.

Y, por otro lado, hay algunas ventajas también, como, por ejemplo, que la información está más organizada, que hay una cámara enfocando a quien está hablando directamente; hay un mayor orden también en la audiencia. De alguna manera, hay otro tipo de control, entonces, definitivamente, es otra dinámica, pero creo que hay muy poco que se pierde, y hay otras cosas que se ganan.

Entonces, diría que, realmente, al momento, no aprecio que haya una afectación a la intermediación; hay una intermediación diferente, pero muy parecida, realmente. Ése es, digamos, al día de hoy, mi conclusión preliminar.

**Irma Rivera Ramírez:** No sé si alguno de ustedes quiera compartir alguna idea adicional a lo que dice el doctor.

La doctora Silvia.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Sí, bueno, en realidad, comparto plenamente lo que dice Eric, en el sentido de que ante esta nueva situación que uno está viviendo, tiene que aprender a adaptarse a las circunstancias que se tienen que afrontar.

Entonces, habría que darle un poquito la vuelta al tema de qué es la inmediatez ante estas nuevas circunstancias.

Tal vez, si no hubiera estas audiencias virtuales, sino, solamente, todo quedara en papel, ahí podríamos decir que se estaría afectando la inmediatez, pero estas audiencias virtuales, este acercamiento tal vez no físico, pero sí de alguna manera, acercamiento de escuchar, podría darnos la idea de que sí existe una inmediatez; sí existe tal vez una mediación, no como la que pensábamos que era antes, pero hay de alguna manera que escuchar y estar cerca a los árbitros.

**Irma Rivera Ramírez:** Muchas gracias, doctora.

No sé, doctor Ortiz, ¿si usted quiere complementar algo?

**David Ortiz Gaspar:** Sí, como han señalado los ponentes que me han antecedido, yo creo que así como hay ciertas mutaciones del arbitraje de la cultura del papel al arbitraje virtual, yo creo que el concepto de inmediatez también va a modificarse y se va a actualizar a las exigencias actuales.

Por ejemplo, antes era importante la presencia, de repente, de estas audiencias presenciales, porque, justamente, por el efecto psicológico, porque como bien lo han señalado muchos investigadores sobre este tema, la psicología tiene mucha influencia porque, al momento de elegirse al árbitro, al momento de interrogar un perito y observarle a los ojos; observarle, de repente, el tono de voz, tú podrías, de repente sacar muchas conclusiones. Pero yo creo que ahora se va a primar o a privilegiar la inmediatez documentaria; lo que va a importar acá ya no va a ser cómo tú lo digas, sino de cómo tú lo pruebas, y lo que va a valer son los documentos, los medios probatorios de cuán ágil haces una demanda, de repente, una con-

testación de demanda, yo creo que la intermediación va a estar más enfocada en esos aspectos.

Y, como bien ha señalado el doctor Eric Franco, en las seguridades virtuales tienen bastantes privilegios que de repente no los tiene la audiencia presencial.

Solamente quería complementar con esto.

**Irma Rivera Ramírez:** Doctor, muchísimas gracias.

Y hay otra pregunta que me acaban de enviar y es la siguiente: Cuando la parte administrativa municipal no está trabajando, ¿se puede solicitar la suspensión del arbitraje por indefensión, alegando situación de fuerza mayor por parte de la procuraduría, porque no habrá insumos técnicos legales para la defensa? ¿Qué opinan ustedes, doctores?

**David Ortiz Gaspar:** A ver, respondo yo esa pregunta.

Considero que, como he señalado, por ejemplo, y esto lo ha señalado muy bien también el centro de arbitre de la Católica, en un estudio que ha realizado, las controversias en arbitrajes en contratación pública, en 54%-55%, son vinculadas a obra pública, y un 20% - veintitantos por ciento son vinculadas a bienes y servicios.

Y como señalé, el común denominador en estos arbitrajes es el aspecto técnico. En consecuencia, para realizar una eficaz defensa a los intereses del Estado, de manera necesaria se necesita contar con el insumo técnico. Y no contar con ese insumo, efectivamente, yo considero que se afecta el derecho de defensa en este caso de la entidad.

Ante esas circunstancias objetivas, yo considero que sí sería razonable la suspensión del proceso arbitral por deficiencias de los insumos técnicos, porque, de repente, ante estas circunstancias, y si un tribunal arbitral que no conoce la realidad, no conoce cómo funciona el Estado y no conoce, en específico, la realidad de este distrito y decide continuar con las actuacio-

nes arbitrales, yo considero que sí se estaría afectando el derecho de defensa de la procuraduría pública de este distrito.

Solamente quería señalar ello.

**Irma Rivera Ramírez:** Pues, muchas gracias.

No sé si los otros...

La doctora Silvia

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Sí, yo quería acotar ahí un temita.

En nuestro centro, apenas ocurrió el tema de la pandemia y se declaró el aislamiento social obligatorio, automáticamente, nosotros suspendimos, como bien lo ha señalado Eric con el artículo 9, literal e) de nuestro reglamento, suspendimos todos los plazos porque atendimos, no solamente a lo que ha hablado, lo que nos ha dicho David hace un momento, que sabíamos que podría ocurrir un problema, no solamente con el Estado, sino, en general, con aquellas partes que no podían tener acceso, no solamente, las partes, los propios abogados no podían tener acceso a las actuaciones arbitrales, no podían tener acceso a las oficinas. Estábamos realmente aislados.

Entonces, nosotros, se tomó esa decisión un poco para que vayan, más o menos, adecuándose, para que vayan desarrollándose, de repente, pedidos como lo mencionó hace un momento, David, que tenían que tener mayores equipos, tener mayor conexión, etc.

Igual, en cuanto a lo que son los privados, en general, tanto el Estado como los particulares, debían tener este espacio de crecer en la parte tecnológica de ponerse un poco en orden, de también salir del *shock* porque todos estábamos en *shock*, y nosotros mismos, poder también regularnos.

Creo que el suspender ese tiempo fue lo mejor que se pudo hacer, ordenó a los arbitrajes, y cuando salimos adelante, salimos adelante también todos juntos.

Obviamente, pueden existir situaciones particulares que, definitivamente, cada árbitro, cada tribunal, el centro tendrá que analizar y habrá que ver el tema en concreto para ver de qué manera se puede apoyar a las partes para que saquen adelante sus actuaciones arbitrales.

**Irma Rivera Ramírez:** Doctor Eric, ¿usted tendría algún comentario adicional?

**Eric Franco Regjo:** Bueno. Va en la misma línea. Realmente, hay que ver las particularidades de cada parte porque, en verdad, hay situaciones en las cuales las partes, pues, están en indefensión, y eso no se puede permitir. Es un derecho constitucional; es una garantía para que el laudo sea válido y hay que, la principal responsabilidad del tribunal es cuidar el laudo, así que, bueno, ése es el comentario general, y creo que coincidimos todos.

**Irma Rivera Ramírez:** Pues, eh, muchísimas gracias por sus comentarios. Yo, simplemente, primero quisiera agradecer a todos los participantes. Tenemos una lista bastante extensa de preguntas.

Éste es un tema importante y es un tema que nos toca a todos. Desafortunadamente, por las limitaciones del tiempo y para ser muy rigurosos en la organización, voy a tener que terminar este conversatorio, pero, seguramente, estos temas serán reiterativos y algunos de nuestros ponentes en otras mesas podrán abordarlos.

No sin antes primero agradecerle a la organización por la impecabilidad con la que el evento ha sido organizado; a mis colegas por todo el trabajo y la preparación para esta mesa, y por las opiniones tan importantes, que todas están encaminadas, pues, a asumir estos retos y a generar soluciones y a compartir experiencias que, seguramente, se van a seguir generando porque no sabemos cuánto tiempo más durará esta situación excepcional en la vida de todos nosotros. Y, por supuesto, al público que nos ha estado acompañando, les agradezco infinitamente por su participación, por el interés, y quiero desearles simplemente que todos sigan muy bien, seguros y que todos busquemos la forma de construir para que logremos, de esta forma, encontrar el camino que resuelva las diferencias y tengamos,

de esa forma, soluciones prontas y eficaces; y, por supuesto, que respeten los derechos de todos los involucrados.

Muchísimas gracias, de nuevo, y en este momento, pues, doy por finalizada esta mesa.

**Karina Ulloa:** Muchas gracias, doctora Irma.

Gracias a todos los ponentes que han participado en esta primera mesa del congreso.



## MESA N.º 2: «ANTICORRUPCIÓN E INTEGRIDAD EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO»

*Walter Albán Peralta* (moderador)

*Felipe Chacón Tapia*

*Rafael Chanján Documet*

*Marlene Anchante Rullé*

**Karina Ulloa:** A continuación, de inmediato vamos a continuar de acuerdo al programa del congreso; y, en consecuencia, vamos a dar inicio a la segunda mesa denominada «Anticorrupción e integridad en contrataciones con el Estado».

Esta mesa será moderada por el doctor Walter Albán Peralta, quien es vicepresidente de la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

Como ponentes en esta mesa contamos con la presencia de Felipe Chacón Tapia, que es gerente de prevención y protección de la Contraloría General de la República; Susana Silva Hasembank, quien acaba de dejar el cargo de secretaria de integridad pública de la Presidencia del Consejo de Ministros y, actualmente, es presidenta del INPE.

También tendremos a Rafael Chanján, investigador del Instituto Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y además estará la doctora Marlene Anchante Rullé, directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos.

El moderador de la mesa les informará acerca del tiempo que tiene cada ponente para su respectiva participación.

La coordinación técnica les avisará con tres minutos de anticipación a que acabe su tiempo, y les recuerdo que los participantes pueden alcanzar sus preguntas para esta segunda mesa a través del ícono que está en la parte inferior de sus pantallas, que se llama «preguntas y respuestas». A través de ese ícono pueden alcanzar todas sus preguntas que serán absueltas al final de las exposiciones.

Dicho ello, cedo la palabra al doctor Walter Albán.

Adelante, doctor.

**Walter Albán Peralta:** Bien, muchas gracias al centro por esta invitación que me permite participar, pero, claro, como, diríamos, parte de la casa, por la función que cumpla también en la Corte de Arbitraje de lo que es el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos donde se ubica este Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Y creo que hay que felicitar que estamos, como se ha señalado ya, celebrando por catorce años consecutivos, un evento de esta naturaleza que recoge mucho de la experiencia que se ha podido desarrollar, tanto en el Perú, como a nivel internacional, y, por tanto, también comparar esas experiencias.

Bueno, creo que el tema no puede ser más oportuno; más importante para también abordarlo en la medida de las posibilidades que el tiempo nos va a permitir también; es el de «anticorrupción e integridad en contrataciones con el Estado».

Tenemos un panel, como ya se ha presentado, de lujo, en realidad, cada una de estas personas es muy conocida en el medio, y, probablemente, también fuera del país, pero ya tendremos oportunidad de escuchar, entonces, qué nos pueden compartir, en base a la experiencia que ellos han podido desarrollar y el conocimiento, por supuesto, ya especializado en la materia.

Yo lo que quisiera es enfocarme un poquito en lo que toca a arbitraje, específicamente, porque creo que esto tiene una connotación muy importante en el Perú, en este momento.

El desarrollo del arbitraje ha tenido particularmente una evolución muy significativa en relación con los distintos mecanismos alternativos de solución de conflictos.

De esto se comenzó a hablar en la década del noventa, en el siglo pasado, pero, ciertamente, cuando el Estado, ya a fines de esa década toma la decisión de que todas sus controversias sean, en la práctica, resueltas a través del arbitraje, esto se produce, entonces, un terremoto, diría yo, porque es como un cambio de realidad. No más de decenas que, en todo caso, centenas, no hay estadísticas claras sobre esto anteriores de cuántos arbitrajes se realizaron en el año en el país. Pasamos a miles de arbitrajes. Y tampoco hay una estadística sobre esto y es parte del problema que creo que vamos a tener que continuar tratando de resolver desde distintas esferas e instancias y quienes puedan o podamos aportar a ello.

Pero, estos cambios yo creo que han permitido —como dije— que en el Perú se desarrolle una suerte de laboratorio especial respecto del arbitraje, y ha generado nuevos retos y creo que ha habido una serie de experiencias que nos permiten afirmar que se ha evolucionado muy positivamente. En el balance, hay mucho más en positivo que aquello que se pueda calificar como lo que no quedó bien o lo que habría que corregir o mejorar.

Pero, ciertamente, uno de los problemas que el Perú atraviesa; yo diría el más importante en el Perú, como hemos vivido en los últimos años, es el problema de la corrupción, y el arbitraje no ha estado ajeno a esta situación.

Ya hemos tenido experiencias muy concretas, sobre todo a propósito del conocido caso como el *Lava Jato*, en la investigación que desarrolla el Ministerio Público, ha podido evidenciarse cómo la corrupción había penetrado también de manera significativa en el arbitraje, y esto le ha hecho un daño enorme a esta institución, y no sólo a la institución, a personas

también que muchas veces se han visto expuestas a cuestionamientos, etc., sin que tengan razones fundadas, sin que existan razones, por lo menos, demostradas para eso.

Hay otros casos en donde, obviamente, el problema no merece mayor discusión, pero todo esto nos obliga a pensar que sí queremos que el arbitraje supere esta situación, necesitamos, entonces, mirar este asunto con mucho mayor cuidado. Y, como dije, ésta es una experiencia, hasta cierto punto, única a nivel internacional, lo que está ocurriendo en el Perú.

Entonces, esto nos obliga a tratar de sistematizar, reflexionar. Mi opinión es que parte del problema ha nacido cuando se quiso, precisamente, a mediados o a fines, más bien, de la década del noventa, llevar al Estado a que resuelva sus controversias en arbitraje, pero asumiendo que no había ninguna necesidad de dar normas que particularizaran la situación de quienes eran parte, es decir, el Estado y la contraparte, haciendo que esto se asemeje casi por completo al arbitraje comercial o al arbitraje entre privados.

Y esto ha sido un error, creo, pero, finalmente, esto ha llevado a que, más bien, tratando de corregirlo en la práctica, no por la ley de arbitraje, sino a través de la Ley de Contratación del Estado y las sucesivas modificaciones y reglamentos que se han ido dictando en el camino, las cosas se han ido enredando, porque, si bien se ha querido buscar una suerte de especialización o mayor calificación de los árbitros, el aspecto que se ha descuidado, el aspecto que no se tomó en cuenta, es, precisamente, el de la integridad y calidad ética de los árbitros.

Y esto es algo gravísimo y creo que está todavía pendiente, y esto no ha sido resuelto por la nueva normativa. Desde mi punto de vista, más bien, en algunas cuestiones no sólo no se han resuelto, sino se han hecho todavía hecho más graves.

En fin, es algo que ciertamente está abierto. Ahora, para la Pontificia Universidad Católica del Perú, el modelo educativo no solamente tiene que ver con profesionales competentes. Y «competente» significa que conocen

la materia y que saben aplicarla, pero hay un componente básico sustantivo que es la integridad y el enfoque ético para el ejercicio profesional.

Esto, entonces, está trasladado a todas las esferas de la universidad; esto es lo que también toma de manera muy importante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, y, por supuesto, el Centro de Arbitraje dentro de este ámbito.

Entonces, es aquí donde quisiéramos compartir también algunas dudas, algunos dilemas y qué mejor que abrirnos al diálogo porque no es que, efectivamente, haya ya toda una, digamos, una idea muy clara de todo lo que habría que hacer.

Hay puntos discutibles, puntos de vista distintos, cosas que necesariamente reclaman reflexión, investigación, sistematización de experiencias, y como dije antes, diálogo y diálogo con especialistas. Por eso, es muy importante esta posibilidad ahora de haber reunido este panel.

Y como ya ellos han sido presentados, yo tengo el orden en el que vamos a tener estas presentaciones, y tenemos, en primer lugar, la palabra del doctor Felipe Chacón.

Y les doy a todos ustedes, como ya ha sido señalado, trece minutos para sus intervenciones. Creo que les van a avisar poco antes de que se cumplan esos trece minutos y, dado que estamos, en realidad, bastante pegados a cómo se ha programado todo, creo que valdría la pena que tratáramos de hacer el esfuerzo, entonces, para mantenernos dentro de lo que está agendado hoy, y esto nos beneficia, tanto a los panelistas como al público que está participando en el evento.

Bueno, muchísimas gracias, y adelante Felipe Chacón.

**Felipe Chacón Tapia:** Muchísimas gracias, Walter.

Buenas noches para todos. Un saludo muy especial para Walter Albán y a cada uno de los participantes en este evento tan importante, en el

cual participamos entusiasmados de tratar de compartir algunas ideas en el marco de este seminario.

Yo voy a presenciar los avances y desafíos en la medición de la corrupción en contrataciones públicas, con lo poco, en realidad, que se ha venido trabajando el particular.

Veamos de tomar algunos datos del año pasado, el año 2019, primero que la corrupción generó un perjuicio económico al Estado de 23,000 millones de soles, sólo en Lima, 11,000 millones (39% de lo ejecutado).

Este informe fue presentado, justamente, hace una semana por el mismo Contralor General de la República, en una aproximación sobre la base de los informes de control posterior que se hiciera sobre el año 2019, tomando en cuenta muchos proyectos de inversión y programas que se iniciaron años anteriores.

Como ustedes saben, el principal producto que ha tenido históricamente la Contraloría, siempre ha sido el control posterior.

Otro dato importante: hubo 1'500,081 condenas contra funcionarios públicos acusados de delitos de corrupción entre casos emblemáticos por colusión y peculado, ¿no?, fuente: Ministerio Público.

Y el otro tema muy importante que en las encuestas que hacen normalmente las empresas especializadas, como en este caso, Ipsos, demuestran que la corrupción desplazó a la delincuencia como principal problema que afecta al país.

En el caso del costo de la corrupción sobre la base de las extrapolaciones que se han hecho en la Contraloría General de la República sobre la base de informes de control posterior, podemos ver esta información por nivel de gasto. Podemos ver también por nivel de gobierno nacional, la ejecución presupuestal llegó a 98,000 millones de soles y de los gobiernos regionales y locales 58,000.

Las estimaciones que se han hecho sobre la base, nuevamente, de los informes de control posterior, el perjuicio económico que le han generado al Estado, en el caso del gobierno nacional, llega casi a 14% del presupuesto, y en el caso de los gobiernos regionales y locales 16.61%.

Y cuando vemos esto por genérica de gasto, que es la forma cómo se gasta, tenemos, básicamente, bienes y servicios, inversiones y recursos humanos.

Bienes y servicios, estamos hablando de todo lo que es compra de materiales y algunos otros servicios.

Aquí vemos que el nivel de perjuicio económico estimado está alrededor del 10.4%, pero en inversiones, que es donde se encuentran las obras públicas, imagínense el monto llega a casi 8,239 millones de soles, lo que representa 24.7% del presupuesto ejecutado.

Y en recursos humanos, en realidad, tenemos varios conceptos, entre ellos, pues, consultorías y otros similares que representan, más o menos, 13%.

Éstas son estimaciones, nuevamente, como les menciono, sobre la base de los informes de control que se hicieron en la Contraloría.

Hay que tomar en cuenta que si hablamos de contrataciones, tenemos que ver que son tres fases: las fases de los actos preparatorios, el proceso de selección y la ejecución contractual.

En los tres hay riesgos; riesgos importantes que muestran situaciones en las que podrían darse casos de corrupción, y, obviamente, generar perjuicios al Estado. Así vemos que, como en el caso de bienes, teníamos equipos de oficina, vehículos, maquinarias. En servicios: vigilancia, limpieza, alquileres, etc. En consultorías de obras son las que hacen, justamente, los expedientes técnicos, y también hacen la supervisión de las obras, y en la ejecución de las obras, que ya son las que se necesita en el Estado: carreteras, colegios, hospitales, etc.

Es importante señalar que los instrumentos de contratación, en el caso de bienes son especificaciones técnicas, y son parte de los actos preparatorios.

En los servicios son términos de referencia, generalmente, y en algunos casos también son especificaciones técnicas.

En lo que es la contratación de los ingenieros o de las empresas que van a elaborar los expedientes técnicos, la supervisión de las obras son términos de referencia, y para la ejecución de las obras, son definitivamente los expedientes técnicos los que determinan cuáles son las características de lo que se tiene que contratar o licitar.

También es importante tener en cuenta los agentes que participan en el proceso de contratación de obra pública, por ejemplo. Entonces, acá tenemos las unidades orgánicas que lo requieren, pero una vez que entra ya al proceso de contratación, tenemos los especialistas de contrataciones, y una vez que se contrata y se dan las conformidades, todas éstas pasan por los contadores y los tesoreros que muchas veces también son pasibles de riesgos de corrupción, como vamos a ver más adelante en lo que son los direccionamientos o en las conformidades también que se presentan ya en los pasos dos y tres.

Y, en la ejecución de la obra propiamente dicha, los agentes de construcción y las conformidades, el contratista es la empresa que ejecuta la obra. En algunos casos, hay sobre todo, en los gobiernos locales, no hay contratistas si no hay una administración directa, es la propia entidad la que termina contratando los materiales, comprando los materiales, contratando a la mano de obra y con ellos va ejecutando la obra. Y ahí también se crean sobrecostos y es un riesgo fuerte de corrupción.

Y después tenemos al supervisor de obra. El supervisor de obra también es contratado por el Estado, y tiene que verificar y brindar la conformidad de los avances de obra, según se vaya dando.

Y el área usuaria es la que sustenta la necesidad, originalmente, la que genera la elaboración del expediente técnico, que muchas veces son proyectos de inversión pública y una vez en ejecución es la que brinda las conformidades, en este caso, las valorizaciones usuales que presenta el contratista y que tiene que ser pagada, y que tienen que ser los agentes del proceso que son, digamos, son los compromisos en logística, los devengados en contabilidad, y los girados en tesorería.

Las modalidades más comunes de corrupción y fraude en las contrataciones públicas, hemos identificado sobornos y cobros y comisiones, ustedes ya saben perfectamente, pues el famoso diezmo que se daba, sobre todo en obras. También conflictos de intereses; terminan contratándose a empresas o personas vinculadas en modalidades de procesos de selección fraudulentas. Tenemos el abuso de adendas. Se hacen demasiadas adendas que terminan ampliando los plazos y ampliando los costos excesivamente, exclusión de postores calificados, filtración de información sobre los procesos de selección, manipulación de los procesos de selección, especificaciones de procesos de selección ya dirigidas o seleccionadas y contrataciones fraccionadas.

También tenemos injustificada adjudicación de un contrato sin proceso de selección, que también se ha podido apreciar según los informes de control que se han venido observando.

En cuarto lugar, tenemos modalidades de colusión, procesos de selección coludidos por contratistas. A veces se forma un cartel, justamente, de contratistas y van negociando para presentarse de manera ordenada en cada una de las licitaciones.

También hay condiciones favorables que se dan en la colusión, que esto ya es de parte de la entidad pública.

En modalidad de fraude, vemos, pues, incumplimiento de las especificaciones técnicas o términos de referencia, también vemos facturas falsas, facturas infladas, facturas duplicadas, facturadas alteradas, declaraciones y

afirmaciones falsas y también, a veces, tenemos contratistas ficticios, que operan de esta manera.

**Karen Ulloa:** Le quedan tres minutos.

**Felipe Chacón Tapia:** Muchas gracias.

Aquí tenemos un ejemplo bien simple. Éste puede ser un proyecto de inversión pública; imaginemos que es un colegio. En la formulación del proyecto, este proyecto podría tener un monto valorizado en tres millones de soles y con una tasa de retorno social de 16%, pero en el expediente técnico ya se agregan otros elementos, y, de pronto, el monto ya sube a cuatro millones, y cuando sube a cuatro millones, obviamente, la tasa de retorno social, ya reduce a 12%.

En el proceso de contratación sube, en este caso, digamos a cuatro millones doscientos, y reduce nuevamente la tasa social.

Y al final de la obra, que muchas veces se excede, pues, de los plazos, la obra muchas veces termina costando seis millones. Y seis millones es el doble de tres millones, en el que se formuló el proyecto, y la tasa de retorno también se reduce bastante.

Y esto, pues, se da por casos de sobrevaloración, contrataciones fraccionadas, abuso de adendas, de tal manera que hay dos maneras de verificar, digamos, la posibilidad y el riesgo de corrupción, y es tomando el valor final de la obra, en este caso, seis millones menos el valor inicial que podrían ser los tres millones del proyecto o los cuatro del valor del expediente técnico, o del contrato propiamente dicho, y esa diferencia, justamente, nos da una posibilidad de indicio de corrupción dependiendo del porcentaje que se ha dado.

Otra posibilidad es el tiempo de ejecución final. Ha habido obras que se están haciendo en cuatro años, cuando el tiempo previsto, a veces, el contratado, era solamente de un año y medio. Entonces, ahí también se

debe de estimar el costo de oportunidad social en la que esa obra justamente no se tuvo a disponibilidad de la sociedad.

Para esto es importante saber que el control gubernamental empieza por la entidad, y con esto quisiera terminar, o sea, la entidad es, a través del sistema de control interno, que debe de desarrollar sus propios mecanismos de supresión de los riesgos, porque es la Contraloría, y con sus órganos: con el OSCE y con las sociedades auditoras que, a través del control externo hace la verificación y la ciudadanía hace el control social junto con la prensa y otras organizaciones civiles que verifican que la entidad cumpla con lo dispuesto.

Es así que hoy en día, el sistema de control interno se convierte en una herramienta de gestión que permite la toma oportuna de decisiones que conllevan a reducir los riesgos a través de las medidas de control, beneficiando, justamente, a los ciudadanos y beneficiando a los usuarios de este tipo de servicios.

Bueno, creo que hemos concluido con los trece minutos de rigor.

Les agradezco bastante.

**Walter Albán Peralta:** Sí, bueno, nos hemos quedado realmente impactados. Éste es un informe relativamente reciente, ¿verdad? Y, claro, 23,000 millones es, incluso, más del doble de lo que un informe de varios años atrás dio la propia Contraloría, que creo que llegaba hasta los diez mil millones.

Pero, bueno, como sea, esto nos pone en la realidad de que estamos hablando de, probablemente, más del 3% del producto bruto interno, y como sabemos, es el único estudio general sobre corrupción en el Perú de Alfonso Quiroz, establece que ahí nos coloca, y parece que en toda nuestra historia republicana, entre la mediana y gran corrupción a todos los peruanos.

Bueno, sin duda es un tema sobre el cual todavía habrá mucho que poder seguir conversando.

Muchas gracias al doctor Felipe Chacón, y, en seguida, le doy la palabra a la doctora Susana Silva.

Susana Silva, que como ya se ha señalado, ella es una experta en cuestiones de integridad en el campo público, sobre todo y acaba de dejar la secretaría de integridad de la Presidencia del Consejo de Ministros. Hay mucho ahí que, seguramente, será imposible abordar en los trece minutos, pero para no recortar más el tiempo, la dejo a ella y luego continuaremos el diálogo.

Adelante, por favor, Susana.

**Karina Ulloa:** Doctor Albán, disculpe, todavía la doctora Susana no se conecta.

Le pido le dé la palabra a otro de los ponentes, mientras ella pueda conectarse, por favor.

**Walter Albán Peralta:** Ah, bueno, perfecto.

Entiendo que entonces en la secuencia tenemos al doctor Rafael Chanján. Que él es un joven, pero ya muy reconocido penalista, y el tema que nos va a comentar tiene que ver, precisamente, con delitos de corrupción en la administración pública.

Esto, entonces, sin duda, nos ubica mucho mejor en este marco, a partir de lo que ya se ha señalado por la Contraloría.

Adelante, por favor, Rafael.

**Rafael Chanján:** Sí, muchas gracias. Muchas gracias por la invitación y poder participar con ustedes en este evento tan honorable.

Voy a compartir aquí unas breves láminas que he preparado, así que me parece que ahora sí lo pueden ver. Bien.

Se me ha pedido, entonces, conversar un poco en estos breves trece minutos que tengo, para poder conversar sobre las claves para poder reconocer los principales delitos de corrupción. Y teniendo en cuenta esto es que me voy a centrar, básicamente, en dos delitos que son sumamente importantes, y que entran a tallar, fundamentalmente, cuando estamos hablando de contrataciones públicas; contrataciones estatales.

Creo que ha servido mucho también la explicación que ha hecho mi anterior ponente en esta mesa, en la medida en que ya ha dado el marco desde el punto de vista de la Contraloría, de los riesgos de la corrupción en los contextos de contratación estatal.

Entonces, para ello también quiero recalcar algo que la OCDE viene diciendo ya hace varios años atrás, desde el 2007, que el contexto de la contratación estatal es el espacio de la administración pública, en el que, especialmente, existe una vulnerabilidad a la ocurrencia y expansión de actos de corrupción.

La OCDE dice que, efectivamente, es el espacio gubernamental, en donde se puede apreciar la mayor cantidad de actos de corrupción; esto a nivel comparado, no sólo en el Perú.

Y esto se explica, básicamente, por dos factores que creo que son importantes que se tengan en cuenta.

Número uno, que, efectivamente, en los espacios de contratación estatal hay un marco de negociación, hay amplios márgenes de discrecionalidad, o, por lo menos, hay un significativo espacio de discrecionalidad en la toma de decisiones, en la cual entran a tallar agentes del sector público y también agentes del sector privado, empresas postoras, por ejemplo, que son las que, finalmente, contratan con el Estado.

Entonces, se ha dicho que, efectivamente, esto también supone un aspecto que genera una vulnerabilidad para la aparición de actos de corrupción.

Además, que es un contexto en el cual se manejan ingentes cantidades de dinero. En la medida en que se manejan ingentes cantidades de dinero, es un escenario apetecible para la aparición y expansión de actos de corrupción. Siempre se dice, no necesariamente, pero hay una finalidad lucrativa, económica en determinados actos de corrupción.

Y, claro, si esto luego se lee a partir de teorías criminológicas, como la teoría de las actividades rutinarias, ciertamente, la corrupción en el contexto de contratación estatal, son actos delictivos que tienen un caldo de cultivo.

La teoría de las actuaciones rutinarias o de las actividades rutinarias, explica que tiene que existir, para que exista actos de corrupción, por ejemplo, un delincuente motivado, un objetivo apropiado y la ausencia de vigilancia; ausencia de controles.

Delincuente motivado, creo que las altas sumas de dinero son suficiente motivación para actos de corrupción.

Un objetivo apropiado, tenemos el patrimonio del Estado, que está a merced de la imparcialidad que debería tener un funcionario público cuando maneja patrimonio estatal. Sí es un objetivo apropiado.

Y, claro, si es que no se tienen los suficientes controles, la suficiente vigilancia interna y externa también, no sé, administrativa, sea de naturaleza ética, sea de naturaleza penal también, sobre este espacio de administración pública, ciertamente, tenemos un escenario en el que se generan y se expanden actos de corrupción.

Teniendo esto en cuenta, entonces, hay que tomar en cuenta también las consecuencias de la corrupción en la contratación estatal.

Se han identificado, básicamente, tres: consecuencias económicas, políticas y sociales y de derechos humanos. Hay que tener en cuenta estos tres aspectos.

Claro, ya lo ha mencionado el ponente de la Contraloría, que me antecedió, hay un perjuicio patrimonial que se genera excesivo. Ingente si se toma en cuenta el PBI del Perú, por ejemplo, pero hay que tener en cuenta que desde el punto de vista penal, y esto lo voy a explicar ahora cuando hable de los delitos de colusión y negociación incompatible, no es imprescindible que exista un perjuicio patrimonial para que estemos hablando de delitos de corrupción. Por lo menos, de colusión y de negociación incompatible que son los que vamos a ver ahora.

Esto después lo dicen claramente, los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción. Me refiero a la Convención Interamericana y a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

El artículo 3 de esta última Convención, dice que, para perseguir y sancionar los actos de corrupción, no es imprescindible que existan perjuicios patrimoniales.

¿Y por qué? Porque hay un aspecto que no se tiene que perder de vista, que es que todo acto de corrupción supone la vulneración de principios que inspiran el correcto funcionamiento de la administración pública.

Y eso, finalmente, es lo fundamental desde un punto de vista penal, por lo menos, sin perjuicio de que haya agravantes cuando, además, se generan perjuicios patrimoniales.

Esto lo vamos a ver en el delito de colusión, sobre todo. Hay consecuencias políticas también, porque se genera una deslegitimación de las instituciones públicas, y esto se relaciona, sobre todo con la expectativa ciudadana que existe, de esperar que un funcionario público que interviene en las contrataciones estatales, lo haga con imparcialidad, con objetividad, dejándose guiar por intereses generales antes que por intereses privados, sea

de naturaleza económica, sea de naturaleza política. Lo que está detrás es ello, y es el núcleo también que mencionaba antes de este tipo de delitos.

Y las consecuencias sociales y de derechos humanos, definitivamente, los actos de corrupción —esto se ha estudiado mucho— a nivel de instrumentos internacionales también y de recomendaciones, la corrupción socaba el normal y adecuado disfrute de los derechos fundamentales de las personas, y sobre todo hay un impacto especial en las poblaciones vulnerables, que son las que más necesitan. Por ejemplo, temas de educación, temas de salud, etc.

Entrando a tallar, entonces, ya, respecto de los delitos que les mencioné: el delito de colusión. Éste es un delito que se encuentra regulado en el artículo 384 de nuestro Código Penal.

Pueden ver ahí el tipo penal, básicamente, sanciona al funcionario público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquiera de las etapas de contratación pública, concierta con los interesados, es decir, con privados, para defraudar al Estado.

Ésa es la modalidad básica, y hay una modalidad agravada, que es una defraudación o un perjuicio patrimonial, además de la concertación o acuerdo ilícito.

Vamos a ver que no ha sido muy pacífico, por lo menos, en el ámbito jurisprudencial, el entendimiento de este delito.

En principio, el sujeto activo tiene que ser, necesariamente, un funcionario o servidor público, que es el que tiene la autoridad para intervenir en un proceso de licitación, por ejemplo.

Ahora, esto tiene que entenderse que es un funcionario público, no necesariamente es sólo el miembro de un comité especial, de un comité de selección.

Puede también ser un funcionario que, indirectamente, interviene en cualquiera de estas etapas de contratación. Puede ser, por ejemplo, un gobernador regional, un alcalde, puede llegar a ser, incluso, hasta un ministro, porque hay un poder de influencia por la jerarquía y autoridad sobre los procesos de decisión; más aún cuando en la práctica son estas altas autoridades las que, en ciertos casos, generan la influencia para direccionar determinada contratación.

Y, entonces, mencionaba esta diferenciación entre colusión simple y colusión agravada.

Hay que tener en cuenta que el delito de colusión se puede cometer en cualquier contexto de contratación estatal.

Es decir, no solamente en las contrataciones que se rigen por la Ley de Contrataciones del Estado. El derecho penal tiene un entendimiento mucho más amplio; en ese sentido, a diferencia del derecho administrativo. Engloba a todos los contratos y operaciones económicas administrativas y civiles en los que el Estado intervenga.

Lo importante es que en estos procedimientos exista un gasto público; un gasto económico por parte del Estado; sea que sea un contrato, sea que sea una operación. Un contrato en el que existen dos partes o puede ser también... dos partes, me refiero al Estado, por un lado, y a un privado por el otro. Una licitación, por ejemplo, en donde hay postores, pero también podría ser cualquier otro procedimiento unilateral en el que el Estado no entra en ningún tipo de negociación.

Piensen, por ejemplo, en la dación de créditos, en la condonación de ciertas deudas tributarias, un entendimiento amplio del contexto de contratación que engloba las operaciones económicas, también puede entrar a tallar aquí como un supuesto típico.

Y puede ser en cualquiera de las etapas: en las etapas preparatorias, en la fase de selección o en la fase de ejecución.

Hay un tema que es, especialmente, relevante aquí tener en cuenta, y es que el núcleo de la prohibición penal en el delito de colusión, es la concertación. Es decir, se sanciona el acuerdo ilícito entre el funcionario público y, por ejemplo, una empresa postora para direccionar una licitación y otorgarle indebidamente, una buena pro.

**Karina Ulloa:** Le quedan tres minutos.

**Rafael Chanján Documet:** Gracias.

Han existido diversos pronunciamientos al respecto, para saber cómo llegar a probar esta concertación, porque es difícil tener una prueba directa de un acuerdo entre un funcionario y una empresa.

Y por eso es que la jurisprudencia se menciona aquí, que es una sentencia recaída en el expediente n.º 185-2011, señala que se tiene que valorar de manera conjunta diversos indicios que pueden indicar la existencia de un acto de colusión.

Y, por ejemplo, esta sentencia menciona cuáles son estos indicios que nos pueden llevar a la conclusión de que ha existido un acto ilícito, a pesar de que no tengamos una grabación, un video en el que un funcionario le está diciendo a la empresa que le va a otorgar la buena pro. Que eso es, digamos, casi el 0,01% de los casos.

Por ejemplo, dice: «La concurrencia de un solo postor o presuntos postores idóneos, precios sobrevaluados, celeridad inusitada, aceptación de documentos falsos, plurales adendas —lo que mencionaba también el representante de la Contraloría—. Por ejemplo, la aceptación de los servicios o los bienes claramente defectuosos o que no se condicen con las exigencias del contrato, etc.

Una serie de irregularidades, no sólo una, evidentemente, que pueden dar cuenta de la existencia de un acuerdo ilícito.

Hay una casación que a mí me parece sumamente importante y creo que es la que se debe tener en cuenta, porque es un pronunciamiento de la Suprema, que dice que para aprobar esta concertación, este acuerdo ilícito de la colusión, no se requiere probar circunstancias de modo, de tiempo ni de lugar de la concertación ilícita, y lo dice explícitamente. Que un juez exija en un delito de colusión que le llegues a probar en qué momento, a qué hora, en dónde y con quién específicamente, y de qué manera se llevó a cabo un acuerdo ilícito entre un funcionario y una empresa postora, es, prácticamente, decir que el delito de colusión nunca se va a poder llegar a probar. Es exigir algo que va en contra de la propia *ratio legis* de la norma penal.

Entonces, eso es algo que hay que tomar en cuenta porque, ciertamente, hay algunos pronunciamientos y tengo que mencionar aquí el caso Gasoducto y el reciente pronunciamiento de un juez de primera instancia, que llega a exigir eso para un delito de colusión. Eso, definitivamente, va en contra de, pues, una política de lucha contra la corrupción.

Hay otros pronunciamientos que tampoco dicen que se requiere la probanza de la individualización de quién es esta persona concreta de la empresa que llevó a cabo esta contratación.

Me estoy quedando sin tiempo, pero creo que eso era fundamentalmente lo más importante: el delito de colusión se vincula mucho y es muy parecido al delito de negociación incompatible. Así que sólo decirles que el delito de negociación incompatible se aplica de manera subsidiaria cuando no se llega a un estándar probatorio para decirle que hay un acuerdo ilícito entre un funcionario y una empresa, el delito de negociación incompatible sólo sancionará una actuación interesada de ese funcionario en un contexto de contratación.

Y termino, simplemente, mencionándoles un cuadro que me parece muy interesante, que mostró la Procuraduría Anticorrupción, que es que hay que poner especial atención ahora a las etapas finales de las contrataciones; es decir, a la etapa de ejecución de las contrataciones con el Estado, porque existe la percepción de que los mayores actos de corrupción se producen en las etapas iniciales, en los actos preparatorios o durante la licita-

ción, pero lo que está sucediendo es que se ha detectado que los corruptos, por así decirlo, están apuntando más a la etapa de ejecución, a las adendas, en fin, a las prórrogas, a la no ejecución de garantías, etc., como las etapas estelares para cometer los actos de corrupción.

¿Y esto por qué? Porque se ha detectado que en estas etapas se ha detectado que existe mayor discrecionalidad y también menos control gubernamental.

Sólo lo dejo ahí y nuevamente muchas gracias por el tiempo.

**Walter Albán Peralta:** Bien, muchas gracias, Rafael, y creo que todos y todas podemos apreciar lo complejo que, entonces, resulta hablar de corrupción, más allá de calificaciones generales porque hay aspectos técnicos muy importantes, incluso, específicamente determinado tipo de delito, que son los que se han podido aquí, de alguna manera, ya mencionar y compartir con nosotros cuáles son sus contenidos esenciales.

Pero, también nos quedamos con ganas de poder ampliar esta reflexión. Vamos a ir más adelante con las preguntas, a ver si tenemos oportunidad de ello.

Bueno, no sé si no está todavía, entonces, Susana, Silvia. Tendríamos que continuar en el panel y ahora le correspondería el turno a la doctora Marlene Anchante, que es la directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad, y, bueno, ella va a abordar un tema que es poco conocido en el medio, por lo menos, no digo entre gente especializada en estos temas, pero que tiene enorme importancia y que es un parámetro que se adopta a nivel internacional también.

Y nos referimos al ISO 37001, que ya ha puesto en práctica el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos. Bueno, sobre esto, entonces, ojalá que los trece minutos sean suficientes, Marlene, por favor, toma la palabra.

**Marlene Anchante Rullé:** Muy bien. Muchas gracias, muchas gracias, Walter. De hecho, trece minutos para contar lo que han significado mu-

chos meses de trabajo en nuestro centro es escaso, pero espero poder dejarles a ustedes algunas ideas centrales de lo que hemos vivido en el proceso de implementación y certificación.

Nuestro sistema de gestión antisoborno del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos. Este marco que se ha presentado en estas exposiciones previas, creo que es un gran contexto para refrescar cómo es que todo eso que se ha señalado, nosotros como centro, enfrentamos también en el caso de arbitraje, a una realidad complicada.

Recuerdo claramente el año 2018, y nuestro centro, nuestra universidad enfrentando todos estos titulares. Nos ponían directamente en una situación muy grande para nosotros, en cuanto a una universidad estaba y sigue, por supuesto, en el compromiso de brindar, por ejemplo, el servicio de arbitraje.

Y ésta, que es parte de esa realidad que se ha explicado hace un momento, nos confrontada como centro. Nos confrontaba como centro y nos hacía pensar cómo se estaban multiplicando conforme pasaba el tiempo, los riesgos, nuestro centro y nuestra universidad temían brindar este servicio.

Y, además, por supuesto, de todo lo que se ha mencionado, de estas consecuencias y estos prejuicios económicos y sociales a los derechos humanos que mencionaba hace un momento, Rafael Chanján, y sociales.

Claramente, nosotros como centro advertíamos y todos esos titulares. Todo lo que estaba ocurriendo afectaba directamente la confianza, a la confianza social. Se incrementaba mucho la desconfianza en los operadores del arbitraje; la desconfianza en quiénes eran todos los actores que estaban participando alrededor de los arbitrajes.

En nuestro caso, en gran medida, tienen que ver, precisamente, en el campo de las contrataciones con el Estado. Incluso, en algunos momentos, los debates iban en la línea de dudas, realmente, si todo esto, el arbitraje

era el mecanismo idóneo para poder solucionar estas controversias de este nivel para nuestro país.

Y, claramente, todo este contexto amenazaba nuestra misión institucional. Y, frente a ella, tuvimos que enfrentar tomar una gran decisión. Nosotros como universidad y como centro teníamos la responsabilidad y la tenemos: contribuir proactivamente en la lucha contra la corrupción.

En este caso particular del que estamos hablando, el caso de arbitraje, se tomó la decisión a nivel del vicerrectorado administrativo de ese momento y de la dirección del centro que está a mi cargo, tomamos la decisión de implementar un sistema de gestión antisoborno en nuestro centro, que, por supuesto, y ahora les voy a contar, no solamente tiene como alcance el servicio de arbitraje que nosotros damos, sino, nuestro sistema está certificado también porque alcanza al servicio de conciliación extrajudicial y a nuestro servicio de capacitación y formación continua.

Decidimos, entonces, llevar adelante la implementación de este sistema de gestión antisoborno, y hacerlo de acuerdo a la norma ISO 37001, versión 2016, que es la vigente, no obstante es el año 2016, es la que se encuentra vigente en este momento para este tipo de sistema.

¿Por qué elegimos nosotros esta línea del ISO 37001? Porque nuestro centro ya tenía un ISO, tenía el ISO del sistema de gestión de calidad, el ISO 9001 2015. Por lo tanto, teníamos en la organización ya montada la estructura para un sistema de gestión ISO.

Y, entonces, hablando con los especialistas, vertimos entrar en la línea de este sistema de gestión antisoborno bajo esta nueva norma especializada, era absolutamente articulable, compatible con lo que teníamos y, de alguna manera, ganábamos tiempo con los elementos que ya teníamos. Llevábamos algunos años ya, varios años trabajando dentro de nuestro sistema de calidad.

Y, por lo tanto, entrar en este sistema de gestión antisoborno, bajo esta norma internacional, implicaba abocarnos ya en unos elementos especiales que teníamos que añadir al sistema que teníamos.

De esa manera, asumimos nosotros el reto de implementar un sistema integrado de gestión que, como les comentaba, tenía este alcance triple: arbitraje, capacitación, conciliación.

Y, bueno, simplemente, comentarles que, digamos, rápidamente, la historia, este caminar que tuvimos desde el inicio de la implementación de nuestro sistema; lo de los elementos clave en la decisión tiene que ver con la política de soborno; ésta es una decisión que se toma a alto nivel. No es una decisión que toma simplemente un miembro más del equipo.

Aquí el compromiso venía desde el vicerrectorado de la universidad frente a todo lo que estábamos viendo; trabajar en el contexto interno-externo, que voy a comentarles en un momento, la implementación del sistema es elaborar la matriz de riesgo de soborno. Pensar, revisar con mucho detalle cada uno de nuestros procedimientos, para mirar en qué punto podía aparecer algún riesgo de soborno, implementando uno a uno los procedimientos y, efectivamente, en noviembre del año pasado, después de nuestro XIII Congreso de Arbitraje, pudimos lograr esa certificación ISO 370001 2016, con la acreditadora Lloyd's Register.

Este próximo mes tenemos nuestra primera auditoría de seguimiento, y hacia el 2022, tenemos nuestra recertificación. Es decir, es un proceso que está, absolutamente, encaminado.

Pues, bien, quisiera comentarles, quizás hablar un poquito de los elementos que contiene este sistema que hemos implementado en nuestro centro.

El sistema de gestión antisoborno no solamente en nuestro centro, cualquier organización que ha comenzado a trabajar, parte por hacer un análisis de exhaustivo contexto. Eso significa comprender lo que estaba pasando, analizar esas carátulas que les he presentado hace un momento, esa

realidad en la que estábamos, esos cuestionamientos en los que estábamos frente al arbitraje. Comprender nuestra propia organización de cara a ello. Analizar nuestra estructura, identificar quiénes son todos los actores que se vinculan con nuestro centro, que podrían estar interesados y son actores importantes, partes interesadas en los sistemas de gestión antisoborno. No se limita solamente a los usuarios del servicio de arbitraje y a los árbitros; existen muchos más factores que tienen un interés en nuestro sistema de gestión antisoborno y que, de alguna manera, se vinculan con nosotros.

En ese sentido, dentro de este gran análisis que se hizo en un primer momento, se trabajó, como les mencionaba, la matriz de riesgos, implica identificar riesgos potenciales, jerarquizarlos, priorizarlos, decidir cuáles pueden ser, digamos, mucho más críticos que otros, etc., en base a algunos criterios.

Todo el otro, digamos, segundo gran elemento que se tuvo que trabajar y que se sigue trabajando porque éstos son sistemas de mejora continua, tiene que ver con el tema de liderazgo, como les decía, se parte de una política, una política clara. No se admite soborno de ningún tipo y lo que nosotros, el filtro de esa política, de alguna manera, hacemos es que toda la organización estemos alineados bajo esos preceptos que son absolutamente coherentes con los valores de nuestra universidad.

Esta política, como cualquier organización que trabaja estos temas, tiene que comunicarla, tiene que difundirla y ha sido parte del trabajo que hemos estado haciendo todo este tiempo; incorporar todos estos elementos con los equipos que trabajan los secretarios arbitrales, el personal administrativo, las personas que trabajan en nuestra área de capacitación. ¿Por qué? Porque, de alguna manera, se tiene que ir consolidando una cultura antisoborno. Fundirla y fundirla con las partes interesadas.

De alguna manera, cuando hablamos de liderazgo, estamos hablando del compromiso que se marca desde la alta dirección para llevar adelante este sistema, para poderlo implementar, para poderlo mantener en el tiempo; poderlo revisar y hacer los ajustes que tengamos que hacer.

La planificación, sin duda, es uno de los elementos claves en los cuales hemos estado inmersos trabajando en el momento de nuestra implementación.

De hecho, hay que definir cuáles son los objetivos que tenemos, de qué manera los vamos a medir, cómo vamos a chequear sus resultados, qué acciones vamos a tomar.

Hay también trabajo que hacer en relación a lo que se conoce dentro de la norma, como el soporte y el apoyo; es decir, hay una serie de acciones a realizar en cuanto a los recursos humanos, por ejemplo. El personal, la contratación, hacer coordinaciones con la oficina de gestión de talento humano de nuestra universidad, para que cualquier persona que entre a nuestra organización, cumpla con una serie de requisitos, sea debidamente informado con relación a nuestro sistema de gestión, entre otros aspectos.

Esto, todo esto es clave dentro de esta capacitación, como podemos ver acá, la formación que tienen todos los miembros de una organización que se certifica en este sistema, implica, pues, saber que nosotros podemos denunciar, podemos denunciar que no va a haber represalias, tenemos canales de denuncias que están en nuestra web, donde los gestores que están fuera de nuestra organización, pueden hacer también denuncias. Y no solamente denuncias, también está esta cultura, como les decía, por la cual, todos nosotros estamos capacitados para preguntar, mostrar nuestras inquietudes, si tenemos dudas frente a algo que pudiera estar ocurriendo, someterlo a lo que se llama el rol del oficial de cumplimiento.

Tenemos en nuestro centro a una persona que se encarga de cumplir el rol de oficial de cumplimiento. El oficial de cumplimiento es aquél que da seguimiento a este sistema, el que recibe estas inquietudes, el que junto con la dirección y el vicerrectorado revisa cómo están yendo nuestros objetivos, qué cosa es lo que estamos logrando.

Digamos, quizás entrar en el detalle de todo este cuadro, sería un poco complicado, pero sí, de todas maneras, creo que hay conceptos clave que, dentro de la implementación, estos sistemas se deben tomar en cuenta,

previa diligencia, los controles financieros, los controles no financieros, el control de organizaciones, como decimos acá, nuestros procedimientos que establecen muy claro qué cosas se pueden aceptar.

Como regalo su hospitalidad y si hay, qué cosas no se pueden aceptar y darlo a conocer a todos los actores, a todas las partes interesadas en nuestro sistema.

Este proceso largo que hemos tenido, nos llevó, finalmente, a poder certificarnos, como les comentaba el año pasado, tenemos que este certificado no termina. Es un proceso que se cumple todos los días y que, por ejemplo, hoy mismo estamos revisando la matriz de riesgos, a raíz del cambio. Tenemos de trabajar de 100% presencial y pasar a una modalidad completamente remota, remirando nuestros riesgos y viendo cómo cambia eso.

Lo dejo allí y agradezco y vemos luego si hay alguna inquietud.

Muchas gracias.

**Walter Albán Peralta:** Bueno, muchas gracias, Marlene.

Qué pena, me informan que no ha habido manera de contactarse con la doctora Susana Silva. A mí me hubiera gustado mucho, por ejemplo, que nos hable de todas estas exigencias sobre declaraciones de conflicto de interés que también alcanzan, ya no sólo a funcionarios públicos, sino a árbitros.

Y, bueno, sobre eso se ha tejido toda una especulación, porque esto, como sabemos, se normó por decreto de urgencia, y en la actualidad, ese decreto de urgencia ha sido derogado por el Congreso, pero es todavía una autógrafa que entiendo no ha sido promulgada por el Ejecutivo.

No sabemos si va a haber observación y lo más probable es que, si eso se produce, podría dar, más bien, una insistencia en el Congreso, e igual convertirlo en ley, con lo que, por lo menos, lo que se ha regulado aquí, quedaría pendiente y, seguramente, entonces, pendiente de regulación

porque ya no estaría vigente el decreto de urgencia y entiendo que esto quedaría en manos de la Contraloría General de la República, que tendría que establecer, entonces, alguna normatividad al respecto.

Bueno, lo dejo allí. Tenemos algunos minutos más.

Yo no sé si, entonces, pudiéramos, antes de entrar directamente a las preguntas, les consulto a los panelistas o las panelistas, perdón, la panelista, si es que tendrían algo que quisieran agregar y poder completar antes, como repito, de entrar específicamente a las preguntas que han sido formuladas, le consulto primero al doctor Felipe Chacón.

**Felipe Chacón:** Sí, ¿cómo está?

**Walter Alban Peralta:** Sí, Felipe, no sé si quieras completar o redondear tu presentación, dado que tenemos algunos minutos que podemos distribuir o pasamos directamente a las preguntas.

En todo caso, ya te formulé una, que es ésta pensando sobre conflicto de interés, por ejemplo, en la Contraloría, ahora que previsiblemente, el decreto de urgencia quedaría sin vigencia.

**Felipe Chacón Tapia:** Sí, bueno, en realidad, no nos preocuparía tanto que sea de una u otra manera porque, de todas maneras, el Decreto de Urgencia n.º 20 mencionaba, básicamente, la presentación de todos los funcionarios públicos en el sistema que la secretaría de integridad pública había desarrollado en PCM, y que estaban implementando. En ese sentido, si es que esta ley, digamos, se firma la autógrafa por parte del presidente y va para adelante, lo único que cambiaría es que se presentaría en el sistema que cuenta la Contraloría para dicho fin.

Entonces, los campos son muy similares. En este momento, la Contraloría tiene un sistema de declaración jurada de conflicto de intereses, pero que está dirigido a los funcionarios del sistema nacional de control. O sea, llámese a los auditores y a los que trabajan en la Contraloría, así como al personal que trabaja en los órganos de control institucional, porque, en el

fondo, ya la Contraloría tenía las facultades para realizar la fiscalización sobre esas declaraciones juradas.

O sea, independientemente de que fuesen registradas en el sistema de la PCM o de la Contraloría, la facultad de fiscalización, era la que, digamos, interesaba para los fines.

Entonces, por allí, sea en un ámbito o en otro, la idea es contribuir y utilizar esta herramienta como un elemento también para disuadir y para evitar, digamos, la confirmación de estos actos ilícitos, en el marco, pues, del conflicto de intereses que cada vez está mucho más claro.

Por otro lado, quizás aclarar y mencionar como todo estudio, yo les he presentado estos grandes números, trece minutos es muy corto, porque, en realidad, estamos apostando mucho más ahora por la prevención. Creemos que el control interno puede ser una herramienta fundamental para que las entidades empiecen a madurar y a desarrollar sus mecanismos porque eso implicaría que, en la medida, cualquier ser humano, cualquier organización, en la medida que es madura, requiere menos control interno, es más transparente, logra sus objetivos. Entonces, creemos que es importante apostar por el sistema de control interno.

Respecto del estudio, como mencionaba, ésta es una aproximación. Yo les he enviado o colocado en el chat de preguntas y respuestas les he enviado el *link*. Además, ustedes pueden ingresar a la página web de la Contraloría y ahí pueden encontrar el estudio. Ahí está el estudio y la aproximación de cómo se llega a estos montos y a este porcentaje.

Ahí, como en todo informe, hay elementos que son, digamos, la fortaleza del instrumento, pero también hay algunas debilidades, como es natural, porque se está basando principalmente en los informes de control.

Más bien, quedamos atentos a las preguntas, Walter.

**Walter Albán Peralta:** Bueno, perfecto, muchas gracias, Felipe. Creo que alguna idea ya nos da del asunto porque querría decir que lo que se ha

podido avanzar en lo posible, se mantendría, ¿no es verdad? Y eso creo que podría facilitar las cosas para no entrar a una confusión que podría, más bien, ser contraproducente.

Bien, creo que, entonces, lo que podríamos hacer, en realidad, porque tampoco es que tengamos tanto tiempo, podemos, incluso, ampliarlo un tanto, pero terminar un poco antes, y no al revés de lo que suele ocurrir en los eventos.

Entonces, lo que te pediría es, de una vez, para eventualmente, si nos da el tiempo, hacer dos ruedas de respuestas, pero hay una pregunta que va directamente dirigida a ti y dice: ¿Por qué si la Contraloría General de la República tiene la atribución de hacer control concurrente, de pronto, no hay una identificación oportuna de la corrupción y, entonces, nos encontramos con resultados como estas escenas de miles de millones en corrupción, o sea, de pérdida para el país, que es pérdida para los ciudadanos.

**Felipe Chacón:** Bueno, vamos a tratar de ser breves, porque es muy complejo, en realidad.

Podríamos, el control gubernamental, digamos, podríamos dividirlo en tres: el control previo, que no es el control interno, que muchas veces la gente confunde, pero es el control previo que en este momento aplica, por ejemplo, para los adicionales de obra, para las supervisiones de obra, para el secreto militar, o sea, cuestiones muy específicas.

Luego tenemos el control simultáneo, y luego tenemos el control posterior.

En la práctica, lo que siempre ha estado aplicando la Contraloría años atrás; la Contraloría, prácticamente, va a cumplir noventa años de existencia, por si acaso, entonces, históricamente ha aplicado siempre el control posterior.

Si tú quisieras una participación de cada uno de los tres, digamos, el control posterior era el 90% y el control previo y el control simultáneo, eran, digamos, el 10% o menos.

Y, dentro del control posterior, que era la mayor parte, podríamos dividir tres productos principales, que son las auditorías: las auditorías financieras, las auditorías de cumplimiento y las auditorías, digamos, de logros, que es la que te ve los resultados.

Bueno, entonces, de esas tres, si retiramos la auditoría financiera, que, normalmente, las hacían las sociedades auditoras que se contrataban a través de la Contraloría.

Entonces, nos quedamos que, básicamente, se hacía y las de desempeño, y las auditorías de desempeño son muy pocas las que se ha hecho a través de la Contraloría; encontramos que el grueso estaría en las auditorías de cumplimiento.

Entonces, estas auditorías de cumplimiento ya llegan, pues, cuando ya las cosas están consumadas. O sea, de pronto tienes que auditar proyectos, programas, construcciones, entidades públicas, una vez que ya han cometido todos los ilícitos. Entonces, ¿cómo haces?

Entonces, el Contralor, Nelson Shack, lo que ha tratado es un poco de cambiar la dosificación y la participación. Entonces, ha reducido la participación del control posterior, y en esta temporada en que la corrupción se ha identificado muy alta, ha aumentado la participación del control previo y, sobre todo, el control simultáneo a través del control concurrente.

Entonces, este control concurrente ya, digamos, podríamos estar hablando de que está llegando ya a más de 20%-25%, y la idea es ir creciendo un poquito más, porque, de esta manera acompaña y participa, de alguna manera, con datos más concretos en la misma gestión y en la toma de decisiones, y con ello se podrían encontrar mejores resultados.

Entonces, concretamente, para responder es que ya en estos momentos se está aplicando y, dependiendo de cómo viene la evolución en los siguientes años, nuevamente, podría bajar a un nivel saludable, porque siempre el control concurrente es un poco más caro, pero dados los altos índices de la corrupción y el costo de la corrupción, a veces te resulta más preferible invertir en este costo del acompañamiento, que lo que estamos viendo que la corrupción se lleva una buena parte de la torta, y el ciudadano sufre de esa consecuencia.

**Walter Albán Peralta:** Bueno, muy bien, Felipe, y creo que se entiende, entonces, que el control concurrente, si bien puede acompañar, como tú has señalado, la ejecución de la obra, en buena cuenta, eso no es posible hacerlo en simultáneo, por lo menos, con los recursos actuales de la Contraloría en todo el país.

Y yo creo, sin embargo, que puede en términos de costo, resultar un poco caro y, entonces, de pronto, es mejor buscar una alianza con una sociedad civil organizada que puede ayudar a la Contraloría en esto, pero, en fin, es todo un tema del cual, de repente, nos puedes tú ampliar un poquito luego.

Vamos a continuar, entonces, en esta rueda, ya entre complementos y absolver algunas preguntas con Rafael.

Y la pregunta es ¿se puede advertir que las Fiscalías tipifican como negociación incompatible muchos hechos que, en realidad, sólo pueden ser considerados infracciones administrativas? ¿A qué se debería esto y cómo se prueba el interés del funcionario en un proceso?

**Rafael Chanján Documet:** Sí, gracias por la pregunta. Es una pregunta recurrente también que me hacen a mí cuando dicto algunos cursos sobre esto.

Y, sí, yo creo que hay que diferenciar entre lo que es un delito de colusión y un delito de negociación incompatible, de lo que es una mera infracción administrativa.

Digamos, podemos vernos, nosotros, nuestra tradición en las contrataciones del Estado, y nos vamos a dar cuenta de que son licitaciones casi siempre imperfectas, casi siempre con algunas irregularidades formales subsanables, además. Y no porque existan irregularidades subsanables, menores en un proceso de contratación, puntuales, además, significa que ahí tenga que evidenciarse un delito de negociación incompatible o un delito de colusión.

Eso hay que tener en cuenta también porque el derecho penal es su última *ratio*.

Ahora bien, eso no significa tampoco que, si vemos una licitación, esto es caso por caso, evidentemente. Pero, si vemos una contratación en las cuales existe una pluralidad de irregularidades administrativas, no menores, vemos relaciones amicales, académicas, personales, entre una empresa postora que ganó una buena pro con el titular de esa entidad o con algún miembro del Comité, o que miembros del Comité tienen relaciones amicales, de conflictos de intereses.

Además de esto, verificamos que en el procedimiento, efectivamente, en las bases, las bases estuvieron dirigidas, en fin, se presentó documentación falsa, sobrepuestos claros. Entonces, allí hay mayores indicios que el fiscal, evidentemente, porque para iniciar una investigación se requiere sospecha simple.

Yo creo que evidenciar determinadas irregularidades administrativas que no sean menores, creo que son elementos de convicción que se pueden utilizar para iniciar una investigación por el delito de negociación incompatible o colusión.

Lo que suelen hacer los fiscales en la práctica qué es. La mayoría va por colusión y subsidiariamente van por negociación incompatible. ¿Por qué? Porque, como dije, la colusión, como requiere la concertación como elemento típico, es de difícil probanza. Y, entonces, los fiscales dicen: «Si no llego a probar la colusión, voy subsidiariamente, si no llego a ese estándar probatorio, por la negociación incompatible.

Pero, ojo, eso no significa que una infracción administrativa, una irregularidad administrativa, signifique que ha habido una actuación interesada que dé cuenta de alguna negociación incompatible. Esto tendrá que verse siempre caso por caso.

**Walter Albán Peralta:** Muchas gracias, Rafael.

Pasamos, entonces, ahora a Marlene.

Aquí lo que se señala es que toda política antisoborno tiene como principal protagonista, se dice, el recurso humano. ¿En este nuevo sistema prima el autocontrol o el seguimiento del oficial de cumplimiento es sólo a los objetivos o también a los actores o a las partes interesadas?

Y esto creo que va de la mano con otra pregunta y podríamos, más bien aquí fusionarlas, que aluden a cómo este sistema de antisoborno, mejor dicho, quiénes son los actores que terminan involucrados en la aplicación de un sistema de esta naturaleza.

A ver, si en los minutos que tienes, Marlene, nos puedes hacer una síntesis de este asunto.

**Marlene Anchante Rullé:** Sí, sí, claro que sí.

Quizás, lo primero es que el tema del oficial de cumplimiento dentro de un sistema de gestión antisoborno es un rol particular y una responsabilidad particular frente al sistema.

Y aquí hay que entender que no es un tema de alguien que controla externamente el cumplimiento de los objetivos, sino contribuye, suma el esfuerzo de todos los que trabajamos dentro de la organización, para poder darle este mantenimiento al sistema.

Entonces, yo aquí lo que quiero es aclarar, precisar, quizás, lo siguiente.

Desde que nosotros como centro nos enfrentamos a toda esta amenaza, vamos a decirlo así, a estos riesgos, que podían quedar a partir de este vínculo que bien comentaste al inicio, la corrupción y el arbitraje empezaron a aparecer juntos.

Claro, lo primero que a nosotros se nos vino en mente fueron pequeñas acciones puntuales y concretas que podíamos ir haciendo. Pero, nos dimos cuenta, si realmente nosotros queríamos prevenir, mitigar, sancionar, teníamos que pensar en un sistema, en un sistema en el cual están inmersos distintos factores en los cuales hay procesos claros, procedimientos claros, no solamente, al interior del centro, sino nosotros con todos los que, de alguna manera, se relacionan con nuestro centro.

Y hay muchos actores, muchas partes interesadas que no necesariamente son partícipes de un proceso de arbitraje y que están muy interesados en lo que pudiera estar ocurriendo en sus investigaciones. Sin ir muy lejos, el año 2018, nos pedía la Fiscalía mucha información en relación a árbitros, en relación a casos. Ellos son una parte interesada que hoy nosotros identificamos, y que tomamos conciencia de que debemos tener la información ordenada, documentada, a tiempo para entregarla cuando alguien nos lo pide, porque ésa es nuestra función.

Entonces, estamos todos los que trabajamos dentro del centro; por supuesto en este sistema los árbitros tienen un papel importante, las partes tienen un papel importante, pero también otras entidades, otras organizaciones e instituciones están interesadas en que, realmente, el arbitraje funcione y que no termine perdiéndose como una opción, debido a su vínculo con los temas de corrupción que, de alguna manera, peligra, no sólo este mecanismo, cualquier mecanismo se podría ver afectado.

**Walter Albán Peralta:** Muy bien, Marlene, muchas gracias.

Y, bueno, veo que el tiempo se nos está yendo rapidísimo.

Les voy a pedir, entonces, una última pregunta. Cada quien que la pueda contestar en el término más breve para ya ir cerrando el panel, y bueno, la noche de hoy o la primera sesión de este evento.

Volvemos, entonces, a Felipe. Dice: ¿cómo mide la Contraloría General de la República la corrupción? Dice: ¿no será que en muchos casos estamos hablando más bien de negligencia o de ineficiencia y no de que haya, efectivamente, voluntad de sacar un beneficio indebido? Claro, eso, posiblemente, dé lugar a sanciones, pero no estamos hablando necesariamente tampoco de sanciones penales.

Y creo que a propósito de esto valdría la pena tener una idea de cómo o qué porcentaje de los procesos que se ventilan ante la propia Contraloría por cuestiones administrativas, o de los casos que llegan a las investigaciones que se realizan se derivan, finalmente, al Ministerio Público.

Adelante, Felipe, por favor.

**Felipe Chacón:** Muchas gracias, Walter.

Efectivamente, tenemos los datos que hemos encontrado, digamos, que hay muy baja incidencia. De cada cien informes de control que tienen responsabilidades penales o civiles, éstas que han entrado, digamos, a través del sistema de administración de justicia, al final, el resultado en el número de condenas, pues, no ha superado el 2%. Entonces, hay muchas cosas que se quedan en el camino.

Hay un encuentro entre la forma cómo el fiscal tiene que armar el caso, sobre todo en los temas penales, con la información que se recoge a través de los informes de control de los auditores.

Entonces, como, básicamente, los informes de auditoría tienen dos elementos. Tienen el rubro de recomendaciones, que van dirigidas a la entidad para que las tome en cuenta y las levante, y el rubro de las responsabilidades. Y ahí tenemos las responsabilidades administrativas, civiles o penales.

Y, como todo es presunto, todo es presunto porque, justamente, es la fiscalía que con esos elementos debería de construir un caso, hay a veces un encuentro. Hay un encuentro fundamental o un desencuentro, lo llamaríamos así, que impide que estos informes, porque hay buenos, regulares y malos. Hay auditores que tampoco entienden la gestión pública, entonces, determinar esa participación de cuánto de esto realmente es corrupción y cuánto de esto es negligencia, no está muy claro.

Lo que sí te puedo decir es que las auditorías, difícilmente pueden encontrar la corrupción.

Veamos un solo caso y no pensemos en el sector público, sino en el sector privado.

Odebrecht viene, usando ésta su Caja 2 más de diez años. Y Odebrecht ha sido auditada por una de las *Big Four*, que fue Ernst & Young. En los últimos diez años, pregúntale a Ernst & Young, les aseguro que no ha habido corrupción, ni colusión, ni ningún arreglo. Han ido y le han revisado todo, pero nunca le encontraron la Caja 2. O sea, el mecanismo, y esto busca, si quieres en investigación internacional, el mecanismo de encontrar la corrupción no es a través de la auditoría. El mecanismo de encontrar la corrupción es a través de las denuncias, es a través de las investigaciones, es otro el procedimiento. Y es una facultad que no tiene la Contraloría. La que tiene esas armas es la Fiscalía.

Entonces, en ese sentido, lo que, en realidad, si tú ves la ley de creación de la Contraloría, la ley de creación está más asociada con ayudar a la gestión pública para que logre los resultados. Entonces, está más en la parte de prevención y, eventualmente, en la mejora de la capacidad de las entidades públicas a usar los recursos públicos que, como hemos visto, el año pasado no más, como ejemplo, 180,000 millones de presupuesto, y en los últimos años, con presupuestos realmente importantes. ¿En qué medida hemos ido cerrando las brechas de educación, de salud, de seguridad ciudadana? Ésa es la verdadera discusión: el mal uso que se hace de los recursos públicos, usando, aplicándose al presupuesto y no se logran los resultados.

Entonces, por ahí es que, digamos, hay que darle una visión diferente de la que se le quiere dar, digamos, a la Contraloría.

**Walter Albán Peralta:** Muchas gracias, Felipe.

Bueno, Rafael, hay dos preguntas muy técnicas. No sé si es posible dar una respuesta tan rápida, pero una dice: El delito de negociación incompatible, si el Tribunal de la Contraloría General de la República declara que no existe responsabilidad administrativa, ¿En sede judicial, entonces, cabría que pudieran ser sancionadas estas personas por los mismos hechos?

Y la otra, funcionarios que designan malos árbitros. ¿Esto puede ser calificado como delito si, al final, esto perjudicara al Estado? Es una pregunta bastante amplia, pero, por lo mismo, alguna idea, de repente, nos puedes dar.

**Rafael Chanján Documet:** Gracias, gracias.

Sí, son preguntas bien interesantes y voy a tratar de responderlas brevemente porque sé que estamos con el tiempo.

Hay que partir de algo. El Tribunal Constitucional ya lo ha dicho en varias ocasiones en varias sentencias. Una cosa es la responsabilidad administrativa sancionadora, y otra cosa es la responsabilidad penal.

Para nuestro Tribunal Constitucional, y así es como la jurisprudencia lo viene entendiendo de manera mayoritaria, van completamente por cuerdas separadas. Es decir, puede ser que en el ámbito administrativo se abra una investigación por responsabilidad administrativa, alguna infracción, y paralelamente esté corriendo también una investigación penal por parte del sistema de justicia, por el Ministerio Público, Poder Judicial.

No existe contradicción alguna allí, porque nuestro Tribunal Constitucional ha dicho que protegen cosas distintas: uno protege bienes jurídicos, el otro protege el cumplimiento de las normas administrativas. Es lo que se ha dicho en el Tribunal Constitucional, más allá de que se discrepe o

no se discrepe personalmente, que yo quizás puedo discrepar, pero lo cierto es que así es como está establecido.

Por tanto, si es que un tribunal administrativo no encuentra responsabilidad administrativa, será respecto a la responsabilidad administrativa, pero, paralelamente, después, incluso, puede iniciar una investigación penal que sí encuentre indicios de que se ha cometido un delito de colusión, algún delito de cohecho o de negociación incompatible. No existiría, desde mi punto de vista, ahí ningún inconveniente en el ámbito procesal o procedimental, si se quiere.

Definitivamente, yo, y aquí concuerdo con lo que mencionaba el doctor Felipe Chacón, los informes de la Contraloría son muy importantes en la investigación de hechos de corrupción. Son considerados como pericia institucional en la investigación de delitos de corrupción, y, ciertamente, suponen muchas veces insumos sumamente importantes para los fiscales para iniciar o para continuar o para formalizar una investigación.

Yo creo que tiene que existir ahí un trabajo conjunto, porque creo que ambas instituciones: Ministerio Público y Contraloría, van de la mano en esta lucha. Entonces, ahí habría que buscar una mejor coordinación.

Y lo otro, respecto a la pregunta que se me hizo, que era sobre...

**Walter Albán Peralta:** Bueno, en la selección no idónea de árbitros que terminen perjudicando al Estado. Una cosa así.

**Rafael Chanján Documet:** Exacto, sí, sí. A propósito de eso. Yo creo que la solución indebida de árbitros se puede considerar como un indicio más.

Es decir, que en una investigación por un hecho de colusión de una negociación incompatible, si tú ves, además, que el tribunal arbitral que tiene que resolver la controversia en el marco de una contratación de una licitación es un tribunal que ha elegido, que tiene árbitros cuestionables, que tiene árbitros con conflictos de intereses, tiene árbitros que han podido recibir un beneficio indebido, puede ser un indicio más a tomar en

cuenta por el Ministerio Público y el Poder Judicial para, además de otras irregularidades administrativas, decir: es posible un delito de colusión, una negociación compatible, porque los árbitros, ciertamente, tienen un rol importante en el marco de la resolución de controversias de contrataciones, en algunos casos.

**Walter Albán Peralta:** Bueno, muchísimas gracias, Rafael, y ahora sí ya cerramos con la intervención de Marlene.

Hay una pregunta que también, de alguna manera, piden precisar más cuándo estamos frente a un conflicto o conflictos de intereses y en los estándares que se manejan a través, por ejemplo, de estas políticas antisoborno, ¿hay algo que esté más precisado al respecto?

**Marlene Anchante Rullé:** Sí, dentro de lo que es la norma ISO 372001 2016, precisamente, uno de los temas que se menciona es el asunto de los conflictos de interés. Cómo es que, efectivamente, la medida en que pudiera existir esta situación, en la que alguien pudiera tomar ventaja producto de, digamos, esta cercanía con otros, con algo que podría ser de provecho y obtener una ventaja indebida, es lo central del concepto.

Yo quería aprovechar el par de minutos que tenemos al final para decirles a quienes nos están acompañando, que, por favor, visiten la página web del centro. Ustedes van a encontrar en la página web el canal de denuncias. Aquí está el canal de denuncias. Cualquier denuncia que quieran hacer, aquí lo tienen. Por favor, visiten esta parte que dice «certificaciones». Encontrarán lo que es el sistema de gestión antisoborno.

Dentro de esta parte ustedes van a poder ver los procedimientos que tenemos claros y que estamos socializando constantemente para prevenir solicitudes, recepciones, ofertas y suministros de regalos que no aceptamos; son indebidos.

Procedimientos para atender las inquietudes y las denuncias, por supuesto, nuestra política de antisoborno.

Entonces, por favor, esto está a disposición de todos ustedes. En este momento, tenemos más de quinientas personas.

Agradezco muchísimo nos sigan acompañando en este primer día hasta esta hora y que estén totalmente conectados con nosotros y aprovecho para mostrar esto.

Muchas gracias.

**Walter Albán Peralta:** Bien, gracias también, Marlene, y claro, es lamentable porque hay una tal cantidad de participantes, hay una cantidad importante de preguntas que se nos quedan en el tintero, pero ya no es posible poder abordarlos ahora.

Probablemente, algunas cosas en la web del centro podríamos tratar de dar alguna información al respecto y quién sabe poder procesar, por lo menos, algunas de ellas que podrían tener esta respuesta por esa vía.

Hay una que tiene que ver con el trabajo que realizamos en la Corte de Arbitraje, y que quisiera sólo comentar muy breve porque dice ¿qué medidas se toman para evitar que haya árbitros que no son idóneos?

Bueno, en realidad, para tomar decisiones al respecto, ésta es una preocupación permanente en el centro, y lo es, por supuesto, a nivel de la Corte de Arbitraje en concreto y la secretaría también allí. Y yo citaré sólo como ejemplos.

O sea, primero una periódica revisión de quiénes son los árbitros que la institución avala o, de alguna manera, dice «yo, sobre estas personas no tengo nada que pueda ponerlos en cuestión».

De esa forma creo que cumple la institución con una cuestión que es de mucha responsabilidad para orientar a las partes a saber a quiénes podrían designar. Como no les puede imponer a las partes, tampoco a los árbitros, entonces, y éstas son las que tienen que elegir, está la institución ahora de la ratificación. Y es que cuando hay un árbitro que no pertenece

a esta lista que cada centro de arbitraje maneja, entonces, lo que se hace es revisar, de alguna forma, los antecedentes, la trayectoria de este árbitro y, entonces, en función de eso, o se le acepta, que ya a eso se le llama la ratificación, o se le pide a la parte que proceda a reemplazarlo o reemplazarla, en su caso.

En fin, son algunos mecanismos; habría mucho más que decir sobre esto, y, bueno, como señalaba antes, varias de las preguntas que han quedado, incluso para lo que, de alguna manera, hemos tratado de que el panel pueda responder en estos escasos minutos, pero el tiempo se ha ido demasiado rápido.

Con esto tengo el encargo, entonces, de despedir esta primera jornada de este XIV Congreso sobre, en fin, lo que es la materia de nuestra labor y creo que mañana estamos citados a las 6:30 p.m., donde ya se comienza con el panel sobre «Experiencias prácticas en la aplicación de las juntas de resolución de disputas».

En consecuencia, estemos, entonces, atentos y puntuales mañana para poder continuar con estas interesantes reflexiones.

Muchísimas gracias a todos y todas por su participación.

Buenas noches.

**Todos:** Gracias, buenas noches.

**Karina Ulloa:** Gracias, doctor Albán, gracias a todos. Los esperamos mañana a las 6:30 p.m.



### MESA N.º 3: «EXPERIENCIAS PRÁCTICAS DE LA APLICACIÓN DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS»

*María Eliana Rivarola Rodríguez* (moderadora)

*Carlos López Avilés*

*Jaime Gray Chicchón*

*Cecilia Misu*

**Claudia (presentadora):** Buenas tardes. Bienvenidos al segundo día del XIV Congreso Internacional de Arbitraje + Mediación y JRD organizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A continuación, y siguiendo con el programa, tenemos la mesa n.º 3, la cual tiene como tema: «Experiencias prácticas de la aplicación de la junta de resolución de disputas».

La moderadora de esta mesa es la ingeniera María Eliana Rivarola Rodríguez, quien es adjudicadora, árbitro, perito.

Asimismo, los ponentes de esta mesa son Carlos López Avilés, quien es socio de LLV Consultores SAC Perú. También tenemos a Roberto Hernández, quien es socio director de Comac S.C., firma de abogados de México, a Cecilia Misu, quien es fundadora de CMSQUARE GmbH, exadjudicadora de los Juegos Panamericanos 2019, de Chile, y, finalmente, a Jaime Gray Chicchón, fundador del Estudio NPG Abogados Perú.

La moderadora indicará a cada ponente el tiempo que le corresponde, siendo la coordinación técnica quien se encargará de controlar el mismo.

Finalmente, les recordamos que las preguntas se realizarán exclusivamente a través del icono «preguntas y respuestas» que van a ver en la parte inferior de sus pantallas.

Adelante, ingeniera Rivarola.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Gracias, Claudia.

Buenas noches a todos, señores. Antes que nada, quiero agradecer al Centro de Arbitraje y Resolución de Disputas de la PUCP, por permitirme participar en tan importante evento, como es el XIV Congreso Internacional de Arbitraje + Mediación y JRD.

El tema central de este panel son las juntas de resolución de disputas o más conocidas como JRD, que son un mecanismo de solución de conflictos a nivel internacional, conociéndoseles como los *dispute boards* o DAB y que consisten en un panel de expertos que acompañan la ejecución contractual de las obras.

La Ley de Contrataciones con el Estado las incorporó en el año 2014, en su artículo 45, como un medio de solución de controversias, durante la ejecución contractual de obra, siendo obligatoria su implementación en los contratos, a partir de enero del 2020, es decir, de este año, cuyos montos superen los veinte millones de soles; y, últimamente, mediante el Decreto Supremo n.º 250-2020-EF, que fue publicado el 4 de septiembre de 2020, se decretó de manera excepcional que las partes puedan acordar incorporar a la cláusula de resolución de controversias de sus contratos, que la JRD esté a cargo de la solución de éstas, independientemente del monto del contrato.

Hablando ya internacionalmente, tenemos que la ICC considera tres tipos de juntas, dependiendo de lo que las partes pacten en su contrato.

Así tenemos los DRB que sólo recomiendan, mas no deciden; DAB, que sólo deciden, y, finalmente, el CDB, que es una combinación de los dos anteriores, ya que recomiendan y deciden.

Por su parte, en los contratos Fidic, antes del año 2017 sólo se tenía las juntas DAB, pero, a partir de este año 2017, cambian a la denominación de DAAB. Y, además, pueden recomendar, y volviéndose una junta permanente que, tanto puede participar en la prevención de los conflictos, así como en la resolución de estas controversias.

Aquí en el Perú las JRD tienen como finalidad principal que las partes logren resolver sus problemas de la manera más eficiente, desde el inicio de la obra hasta la recepción de la misma, sin tener que detener la ejecución de la obra ante una controversia.

Este mecanismo es favorable, tanto para las entidades como para los contratistas, porque los primeros van a ver culminadas las obras, y los segundos, porque no tienen que esperar a que un tribunal arbitral emita el laudo para poder hacer reconocer sus pretensiones.

Hay que recordar que la JRD desempeña, además, una función consultiva a solicitud de las partes.

Esta función es muy importante porque permite que las posibles situaciones que pueden provocar futuras controversias, se resuelvan con anticipación, evitando, de esta manera, la controversia.

En este panel se tendrá temas relacionados con la JRD, como es la importancia de los centros de administración para el desarrollo de la JRD.

Posteriormente, las semejanzas y diferencias entre las JRD y las DAB. Luego la función preventiva de los *dispute boards* y las habilidades blandas ante las diferencias culturales de las partes.

Para estos temas contamos con prestigiosos panelistas nacionales e internacionales, con mucha experiencia en los *dispute boards* y JRD, que nos ayudarán a conocer las bondades de la JRD, para que puedan cumplir con su finalidad.

Se les recuerda, señores panelistas, que van a tener trece minutos para su exposición; tres minutos antes se les estará comunicando para que tengan en cuenta el tiempo que les queda.

Voy a presentarles a continuación, al ingeniero Carlos López, quien tiene mucha experiencia como adjudicador en JRD, bajo la Ley de Contrataciones en un DAB, bajo las reglas de la ICC y en un contrato Fidic, como conciliador decisorio.

Adelante, ingeniero Carlos López, por favor.

**Carlos López Avilés:** Muchas gracias, ingeniera Rivarola. Gracias a la Universidad Católica, que es mi alma máter, por invitarme nuevamente a ser ponente en este importante congreso que se desarrolla todos los años, ya de manera tradicional en el mes de septiembre.

El tema de la JRD es realmente es un tema que a mí, particularmente, me apasiona y lo vengo difundiendo desde hace bastante tiempo, y, felizmente, he podido ya participar en varios procesos de JRDs, y, por lo tanto, lo que voy a hablar a continuación, proviene no sólo de la parte formal o la parte procedimental o reglamentaria, sino de la experiencia vivida a lo largo de estas JRDs, en las cuales estoy participando.

El tema que se me encargó es «La importancia en los centros de administración en el manejo de la JRD».

Efectivamente, en el Perú está dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, que las JRDs tienen que actuar bajo la administración de un centro, que se denomina «centro de administración de JRDs».

Esta es una diferencia bastante grande con la JRDs con las JRDs de otros países o los DABs o las juntas en otros países, donde normalmente no se usa un centro de administración, sino que el propio panel de expertos es el que conduce y administra el proceso. Pero, en el Perú la legislación ha optado por este sistema.

La directiva de OSCE que maneja y regula el funcionamiento de las JRDs señala las funciones que debe desempeñar el centro.

Yo he sacado un listado y, aunque parezca mentira, tiene, por lo menos, dieciocho funciones distintas que cumplir un centro.

Estas funciones empiezan desde la constitución de la JRD, el centro interviene en la constitución de la JRD, tiene luego que custodiar el expediente durante diez años, luego de que la JRD termina su función. Tiene una serie de reportes que tiene que presentar ante el OSCE, el Organismo Superior de Contrataciones del Estado, de manera trimestral, hay una serie de datos que tiene que mandar todo el tiempo. Tiene que verificar que los adjudicadores que están en su lista, cumplan con los requisitos y mantengan cumpliendo sus requisitos que la ley exige, para lo cual, los centros de administración tienen que tener una lista de adjudicadores nacionales y extranjeros.

Esta lista tiene la importancia de que cuando las partes se adscriben a un centro, los adjudicadores, necesariamente tienen que ser elegidos de esa lista.

Cuando no hay una designación por alguna razón, entonces, el centro tiene una función de designación residual también muy importante.

Los adjudicadores y las partes firman lo que se llama un contrato tripartito, el centro de administración participa también; en este contrato tripartito interviene.

Cuando la JRD empieza sus funciones, se hace lo que se llama un acta de inicio de funciones, en la cual también el centro participa como interviniente en el acta de inicio de funciones.

Si se produjesen recusaciones de alguno de los miembros, el centro es el que debe resolver la recusación.

Ahora, ya dentro de lo que es el manejo propiamente de la funcionalidad de la junta, el desarrollo del servicio de las juntas, el centro es el que coordina las visitas y las reuniones. La junta actúa bajo diversos procedimientos, pero los más importantes son las visitas a las obras y las reuniones de las obras, y, en algunos casos, cuando se tuviere decisión, las audiencias.

La coordinación logística de todas estas necesidades, de visitas, reuniones, viajes, reservas, hoteles, aviones, transportes, etc., las hace el centro. Y yo digo, por la experiencia que tengo ya en cuatro centros, en cuatro juntas, felizmente, las hace el centro, porque realmente es una labor bastante pesada para los adjudicadores de manera independiente, y si tenemos el apoyo del centro, realmente, es una cosa que hay que agradecer.

El centro también prepara las actas que se deben de producir cuando ha habido una visita, una reunión.

A las visitas o las reuniones viaja o se traslada a la obra junto con la JRD, un representante del centro, y este representante del centro es el que está acompañando a la JRD en todas las visitas, en todas las reuniones y elabora las actas respectivas.

Todo el manejo documentario de centralización de comunicaciones también se hace a través del centro de administración. Entonces, ésta es una función muy importante del centro de administración, el poder llevar adelante el control de las comunicaciones. Además, lleva el archivo de la JRD para mantener siempre el archivo al día y nos permite a los adjudicadores acceder a ese archivo en cualquier momento.

Entonces, el control de archivo es también una de las funciones del centro.

Cuando las partes necesitan la intervención de la JRD para una decisión, por ejemplo, es a través del centro que esto se ejecuta. Es el centro el que recibe la solicitud, la tramita a la otra parte, recibe la contestación de la otra parte, la pone en conocimiento de los adjudicadores, y es a través de este mecanismo que se hace todo el tránsito de documentos.

Las audiencias también requieren la participación de los representantes del centro. La audiencia es una reunión especial que se lleva a cabo cuando se necesita o cuando se ha solicitado la JRD, la emisión de una decisión. Entonces, cuando hay la necesidad de una audiencia, porque las audiencias no son obligatorias, son opcionales, pero yo pienso, y por la experiencia que tenemos en este campo, que siempre se deben de realizar. Es el centro el que da el apoyo logístico, acompaña a la audiencia y elabora las actas de las audiencias.

Cuando la JRD admitió una decisión, la tramitación de la decisión hacia las partes, también es a través del centro, así como cuando se produce un pedido de aclaración o corrección, se hace también a través del respectivo centro.

Esto es, digamos, desde el punto de vista de la directiva de OSCE, las funciones que un centro de administración tiene que seguir.

Pero, recordemos lo siguiente. Que los centros de administración no necesariamente van a administrar juntas bajo la Ley de Contrataciones; pueden también administrar juntas para el sector privado, y ése es un campo muy importante y muy interesante de desarrollo de las juntas para el sector privado.

Entonces, en esos casos, por ejemplo, en la Universidad Católica tienen un reglamento de *dispute boards*, donde no se refiere solamente al tema del acompañamiento a la junta, sino que se regula o se reglamenta el desarrollo del proceso.

En el caso de las obras públicas, bajo la Ley de Contrataciones del Estado, el desarrollo del proceso está prácticamente determinado por la directiva que OSCE ha emitido, pero cuando nos vamos ya a obras que no son del sector público, sino del sector privado, generalmente, en los contratos no se establece cómo se hace un proceso de *dispute board*. Entonces, ahí es donde interviene el reglamento del centro de administración que da ese servicio.

Entonces, queda claro que son como, digamos, dos funciones distintas que pueden tener los centros de administración: cuando actúan para un servicio en la Ley de Contrataciones del Estado o cuando actúan para cualquier otro servicio que no está regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y las partes requieren de tener un procedimiento, una guía de cómo llevar adelante el proceso.

Como dije hace un momento, el apoyo del centro desde el punto de vista logístico y acompañamiento es absolutamente vital para los miembros de la junta.

Realmente, descargan mucho trabajo de lo que sino los miembros de la junta tendrían que asumir, sobre todo en el Perú, que las obras están dispersas a lo largo del territorio, este acompañamiento, este apoyo logístico es muy importante.

Ahora, el hecho de que las juntas necesiten este apoyo logístico, implica que el centro tiene que estar en capacidad de dar ese apoyo logístico.

Entonces, la directiva de OSCE, cuando establece los requisitos de los centros, que, digamos, algunos son de tipo formal, tener cuatro años como institución arbitral, tener un código de ética, tener un registro de adjudicadores, etc., uno de los requisitos o dos de los requisitos son: contar con el plantel profesional permanente de apoyo y tener la infraestructura necesaria para dar el servicio.

Entonces, quiero referirme a este plantel profesional necesario. Las juntas tienen que visitar las obras, casi podríamos decir una vez al mes. Una visita a la obra, si la obra fuese local en Lima, en realidad, toma solamente el día en el cual se hace, pero cuando las obras son fuera del departamento de Lima, y si el centro está ubicado en Lima, porque pensemos que muchas veces la entidad tiene su sede en Lima, aunque la obra esté en provincias y además no hay todavía un desarrollo o una difusión muy grande de centros fuera de Lima, la mayor parte está concentrada acá.

Una visita a obra puede tomar o puede requerir dos o hasta tres días. Entonces, si esto va a ser una vez al mes, pongamos, haciendo un cálculo un poco sencillo, un representante del centro, un profesional del centro que actúa como representante del centro, probablemente, no va a tener capacidad para poder atender más de tres o cuatro juntas, en simultáneo.

Entonces, cuando un centro dimensione su capacidad de personal de apoyo, va a tener que tener muy presente esto, que, en función al número de juntas que se puedan estar estableciendo, el personal de apoyo tendrá que ir creciendo de manera simultánea, porque si no, va a poder generarse una situación, en la cual alguna dificultad se pueda producir, y lo cual, por supuesto, no es deseable, y los centros serios como, por ejemplo, la Católica, el Colegio de Ingenieros, sí tienen esta cobertura actualmente, aunque, por cierto, todavía el número de juntas no es alto, pero logran atender adecuadamente la necesidad.

Ojalá los centros que se están abriendo en el interior del país; en este momento, se están estableciendo ya centros en el Cusco, en Trujillo, en Piura y en otras ciudades, consigan tener este personal y la infraestructura necesaria.

Bueno, muchas gracias.

Gracias, seguramente después habrá un tiempo para preguntas y estaré dispuesto a hacerlas.

Gracias.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Así es, ingeniero.

Gracias por su participación.

Continuando con la secuencia de exposiciones, vamos a tener al doctor Jaime Gray. Él es árbitro y miembro de múltiples *dispute boards*, y ha participado en varios de los más importantes proyectos de ingeniería y

construcción en América Latina. Es profesor de derecho de construcción y es representante en el Perú de la Dispute Resolution World Foundation.

Él nos estará hablando de «Semejanzas y diferencias entre las DAB vs. JRD».

Por favor, doctor Jaime, lo escuchamos.

**Jaime Gray Chicchón:** Muy buenas tardes.

Quiero empezar agradeciendo la invitación a Marlene Anchante, a Silvia Rodríguez y al equipo. Ellas trabajan en un equipo al se le tiene mucho aprecio. Al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Quiero también agradecer el liderazgo de María Eliana en este panel. Para mí es un gusto siempre compartir estos temas con mis copanelistas, a quienes aprecio mucho.

Entonces, dicho esto y teniendo en consideración, como ya lo expresó María Eliana, solamente tenemos trece minutos.

Quiero centrarme en algunos temas para marcar o compartir con ustedes diferencias y semejanzas entre nuestras JRD peruanas y los *dispute boards* internacionales.

A todo esto, además, voy a intentar darle un punto de vista práctico.

Una primera idea, nuestra JRD y su legislación, ha venido perfeccionándose a lo largo del tiempo, y con eso ha bebido de las fuentes de los *dispute boards* internacionales. Por una cuestión de tiempo, los *dispute boards* se desarrollaron primero, entonces, fuera del Perú, inclusive, fuera de América Latina, pero nuestra legislación ha tomado muchas de las mejores buenas prácticas y regulaciones que existen, y las ha incorporado al Perú, y también, les ha puesto nuestra sal y pimienta, como nuestra comida.

Entonces, de eso vamos a hablar un poquito esta tarde, y dentro del período que se me ha otorgado.

Dicho esto, también quiero decir que no me voy a poder referir a todas las normas internacionales, sino que mi comparación se basará en las normas de las Cámara de Comercio Internacional y en las de Fidic, versus lo que está regulado en nuestra legislación de JRD.

La primera diferencia es que internacionalmente los *dispute boards* están basados en pactos, repito, están basados en los pactos, no en las normas. Hasta donde es de mi conocimiento, básicamente, es en el Perú donde, en la Ley de Contrataciones y en Honduras, donde se tiene regulación sobre JRDs, mientras que en la mayoría de países, en el noventa y tantos por ciento de países que usan *dispute boards*, básicamente, se recurre al pacto y no a la norma. Entonces, ahí hay una primera diferencia y esta diferencia es sumamente importante, no solamente es mencionar la fuente, sino que esto nos lleva a lo siguiente.

Internacionalmente, como estoy basado en el pacto, lo que básicamente tengo es una cláusula modelo, y esa cláusula modelo incorpora por referencia las normas por las cuales voy a regirme, voy a regularme.

Así, si estoy, por ejemplo, ante un *dispute board*, decido emplear las normas de la Cámara de Comercio Internacional; a la cláusula modelo incorporaré el reglamento respectivo de la Cámara de Comercio Internacional.

En Fidic, en cambio, lo que tengo es una cláusula; la cláusula 20 en Fidic 1999 y la cláusula 21 en Fidic 2017, a las cuales incorporo los anexos procedimentales y los anexos, en general, que el contrato ya tiene listos.

En nuestras JRD, en la ley, también nos derivan a las regulaciones de los centros, a los cuales Carlos se ha referido, pero no tengo, no tengo yo una ley que me diga todo lo que la ley y las directivas nos dicen en el Perú.

Entonces, también, como ya refirió María Eliana, las partes pactan. En el Perú, solamente tenemos una orden y la orden nos dice que tenemos que utilizar una JRD, que es permanente y cuyas decisiones son vinculantes para las partes.

Bueno, internacionalmente, como es un pacto, yo tengo que elegir el tipo de *dispute board* que voy a tener, y puede ser un *Dispute Review Board*, en el cual solamente emitiré recomendaciones; puede ser un *Dispute Adjudication Board*, en los cuales se tomarán decisiones que son obligatorias para las partes o tendremos, de repente, un *Combined Dispute Board*, donde también nuevamente ya lo refirió María Eliana, tendremos ciertas recomendaciones y tendremos ciertas decisiones, dependiendo, una vez más, del reglamento y, a veces, de las propias decisiones de las partes y de los miembros del *dispute board*. También, todavía se siguen empleando en algunos casos, *dispute boards* que son ad-hoc, y no son permanentes.

Y esto se hace o se hacía porque en algunos momentos se llega a la convicción de que es mejor ir nombrando a los miembros y a sus perfiles de acuerdo a las necesidades del proyecto o a las necesidades que la propia controversia defina.

Sin embargo, creo yo que internacionalmente lo mejor que uno puede hacer es siempre tener *dispute boards* permanentes.

Una segunda diferencia, y la voy a tocar muy rápidamente, es la administración. Internacionalmente no se tiene administración. La Cámara de Comercio Internacional no administra a los *dispute boards*; sí interviene como una entidad nominadora residual de los miembros, resuelven las recusaciones, pero eso no la convierte en una administradora.

En el Perú, sí, por requisitos de las normas, tenemos una administración, que, como Carlos ha referido, nos da mucha tranquilidad si estamos auxiliados por los centros.

Sin embargo, créanme que en mi experiencia internacional hemos tenido nosotros mismos, por no tener o por carecer de esa ayuda, que acor-

dar los temas de los hoteles, los vuelos, los reembolsos, la comida, el transporte, etc. Esto es el día a día de los *dispute boards* de manera internacional.

Así que le doy toda la razón a Carlos cuando mencionó ese tema, es un gran auxilio.

En tercer lugar, y una diferencia mayor, es que en los contratos que tienen cláusulas ICC o en los contratos Fidic, no existe la reserva de materias sujetas a *dispute boards*.

En otras palabras, en estos contratos y en estos *dispute boards* se conocen sobre todo tipo de tema contractual vinculado, entonces, al contrato.

En nuestra JRD es muy claro que no puede someterse a las JRDs, los temas, por ejemplo, de la nulidad, la inexistencia o la validez del contrato; no se pueden llevar temas de adicionales, eso sobre las decisiones de Contraloría, entonces, ahí existe nuevamente una importante diferencia que hay que tener en cuenta.

Otro tema importante, otra diferencia es en la composición de los nombres.

Nuestra norma, y siendo abogado, una vez más lo voy a decir, con acierto se dice que el presidente tiene que ser un ingeniero, y si es un solo miembro, tiene que ser ingeniero o arquitecto.

Y, al respecto, está bien, internacionalmente no hay eso, y se entiende que las profesiones son importantes y el *dispute board* debe ser multidisciplinario.

De hecho, hay muchos casos en los cuales el presidente puede ser abogado y están muy bien conformadas con otros profesionales de carreras técnicas como ingenieros, arquitectos, etc.

Últimamente, en proyectos muy complicados, inclusive, se está nombrando un pool, un grupo de miembros de diferentes perfiles y de dife-

rentes carreras profesionales, y de acuerdo a la controversia específica, se van nombrando los tres que son necesarios, y en proyectos que no son tan grandes y se necesitan tres, no se nombran a los tres de frente, sino se nombra a uno, y cuando ya tenemos una controversia, se nombran a los otros dos que puedan resolverla.

Entonces, existe mucha más libertad en la composición de los miembros, y con respecto a la composición de los miembros, aprovecho para también tener una idea. No se confunde internacionalmente y no se espera que los miembros de la JRD actúen o sean peritos para las partes. Eso sería mala práctica. Es algo que estaría vedado.

Una cosa es ser un excelente perito, un excelente ingeniero, un excelente arquitecto y ser perito, pero si me nombran como miembro de un *dispute board* no significa que voy a hacer yo el peritaje. Y eso es importante, por favor, no esperar eso de los miembros.

Continúo diciendo, refiriéndome a algunas otras referencias en el tiempo que tengo, y es que internacionalmente también existe diferencia en nuestro estándar con la intervención de mis colegas abogados.

Internacionalmente varía. En algunas jurisdicciones, especialmente, en el derecho anglosajón, a veces, los abogados son invitados muy amablemente o no, a no participar.

En nuestras JRD eso no es posible y además nuestros amigos procuradores deben ser bienvenidos y ellos deben participar. El tema no está en la profesión de ser procurador, sino en entender cuál es la función de la JRD.

Dos temas más para cerrar, por favor, dentro del plazo que me ha sido otorgado, y es que tanto la JRD como los *dispute boards* de manera internacional, tienen una función muy importante que acá se denomina función consultiva, e internacionalmente es la evitación o el evitar las disputas; el *dispute avoidance*. Allí existe una semejanza. Yo creo que sí, pues los *dispute boards* y las JRD nacen como una necesidad de resolver las controversias

entre las partes, pero esto, con el tiempo y con la potencia que tiene la herramienta, se ha vuelto secundario.

Creo que nuestra principal misión es evitar las disputas, evitar las controversias, y eso es el verdadero éxito y la verdadera magia que tienen los *dispute boards*.

Finalmente, quisiera decir que internacionalmente, como ustedes adivinarán, al no provenir de las normas, sino de los pactos, existe mucha más flexibilidad.

En nuestras JRD, por el contrario, están encorsetadas por la norma y por lo que ella regula, pero considero que, tratándose de contratación pública, básicamente, no dejan de ser un auxilio. Todo lo contrario, creo yo que los legisladores acertaron al regular de esta manera a la JRD de la contratación pública peruana.

Y sí tengo mis reservas en relación a lo que no se puede llevar a las JRD, etc., y, de repente, más adelante, hasta nos van a permitir a los que hemos estudiado otra profesión que no sea ingeniería o arquitectura, presidir. Pero, vamos de a pocos, y vamos bien.

Y ése es mi mensaje. Creo que existen múltiples semejanzas y diferencias, pero que en la evaluación estamos en el camino correcto, y creo yo que con el tiempo y con la especialidad y con más *dispute boards* vamos a tener lo que buscamos, y es que las diferencias no se conviertan en disputas. Y si son disputas, que se resuelvan adecuadamente en una JRD.

Muchas gracias.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Muchas gracias, doctor Gray, muchísimas gracias. Muy interesante su exposición, sobre todo en un tema que tocó casi al último, que es muy importante que las partes tomen conocimiento, que los miembros de la JRD no están siendo contratados como peritos.

Creo que ése es un tema que hay que ampliarlo y hacer de conocimiento de las partes.

Siguiendo con esta mesa, tenemos a la ingeniera Cecilia Misu, quien estará a cargo del tema «Designación de miembros de los *dispute boards* y peritos bajo el reglamento de la CCI».

La ingeniera Cecilia es una ejecutiva con amplia experiencia en la gestión de proyectos de infraestructura, administración de contratos de construcción, así como en la prevención y resolución de disputas en proyectos de construcción en Europa, Medio y Extremo Oriente, África y Latinoamérica.

Adelante, por favor, ingeniera.

**Cecilia Misu:** Gracias. Grato placer de estar con ustedes y voy a referirme al tema de la «Denominación de miembros del *dispute board* mediante la Cámara de Comercio Internacional».

A manera de introducción, las percepciones de las partes. Me ha tocado mucho ver en mi ámbito de miembro de *dispute board*, que las partes no tienen percepciones claras de lo que es y qué hace una mesa de resolución de controversias.

Y esto se cristaliza, de alguna manera, en el hecho de que las partes a veces piensan que el nombrar o designar a un miembro del *dispute board* es como designar a un paladín personal que va a presentar sus intereses dentro de la mesa de resolución de controversias.

Esto no es así. Los miembros de un *dispute board* no deben tener vinculación alguna con las partes y su labor es acompañar a ambas partes por igual durante el contrato, ayudando a prevenir desacuerdos y, de ser así requerido, resolver las diferencias que surjan con la mayor objetividad.

La otra situación que he observado es que en la designación, y no estoy hablando en particular sobre Perú, estoy hablando del ámbito internacio-

nal, es que muchos de los profesionales designados como miembros de *dispute board* no han tenido capacitación alguna en el tema. Y, si bien un ingeniero o un técnico es indudablemente versado en su materia, el miembro del *dispute board* desarrolla una labor de gestión, control y contención que requiere de capacitación formal, además de ciertas habilidades blandas.

Luego de esto paso a la designación misma. Hay diversos gremios, uno de ellos es la Cámara de Comercio Internacional que, a través de su centro de resolución amistosa de disputas, designa miembros de *dispute board* bajo dos diferentes reglamentos.

Por favor, la lámina número 2. Estos reglamentos son el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a *dispute boards*, y el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional sobre la propuesta de peritos y terceros.

¿Cómo es la designación de los miembros de *dispute boards* según el Reglamento de la CCI? Esta designación puede aplicar si las partes así lo desean o puede aplicar explícitamente si las partes han decidido en su pacto que registrará el Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio en lo relativo a *dispute boards*.

Ahora, la función de la CCI como autoridad nominadora conforme al reglamento, entonces, puede incluir el nombramiento de miembros de *dispute boards*, pero también algunos servicios que ya han nombrado los panelistas que hablaron antes que yo.

Nombrar miembro de *dispute board* de acuerdo con las Reglas de la CCI; la solicitud debe incluir copia del acuerdo entre las partes, en relación con la constitución de un *dispute board*, así como comentarios o solicitudes relevantes al nombramiento.

Tal como mencioné, el artículo 7 del Reglamento de la CCI, dice que el *dispute board* será constituido conforme a las estipulaciones del contrato, o en su defecto, conforme al reglamento, y que a petición de cualquiera de las partes, el centro nombrará a cualquiera de los miembros del *dispute*

*board* si estima que tal nombramiento se justifica para garantizar la aplicación adecuada del reglamento.

El artículo 7 también justifica que, al nombrar a un miembro del *dispute board* el centro nombrará las características de su nacionalidad, competencias lingüísticas, formación, cualificación y experiencia, así como su disponibilidad y aptitud para llevar a cabo la tarea prevista.

Asimismo, el centro va a tener en cuenta algunas peticiones expresas. Por ejemplo, en casos internacionales, muchas veces al centro llegan peticiones diciendo que los miembros del *dispute board* no podrán tener la nacionalidad de ninguna de las partes involucradas en el contrato.

El centro hace todos los esfuerzos razonables para nombrar a un miembro del *dispute board* que tenga las características que, en su caso, hayan sido acordadas por todas las partes.

A veces es un poco difícil, y a veces, definitivamente, no se logra encontrar a un ingeniero que no sea de una determinada nacionalidad, que hable perfectamente árabe y que no resida, por decir algo, en la Isla de Cabo Verde.

Pero, se hace lo mejor que se puede. La solicitud del nombramiento de un miembro del *dispute board* debe ser acompañada de un pago de USD 5,000.00.

Este monto no es reembolsable y representa el costo total por el nombramiento de un miembro del *dispute board* por el centro.

Por lo general, el costo de cada nombramiento es compartido a partes iguales por las partes.

Tal como ya ha sido mencionado anteriormente, los centros que nombran o designan miembros de *dispute board*, a veces también prestan otros servicios, y éste es el caso de la Cámara de Comercio Internacional que, por

ejemplo, presta el servicio de decidir sobre impugnación de un miembro de un *dispute board*.

Esta solicitud debe incluir una copia del acuerdo entre las partes, las razones de la impugnación, detalles y datos de contacto de todas las partes y de entidades posiblemente relacionadas con la impugnación.

La solicitud respecto de recusación de un miembro de *dispute board* deberá acompañarse con una tasa de inscripción no reembolsable de USD 5,000.00 y este monto se descontará de los gastos administrativos de la Cámara de Comercio Internacional en el proceso de la decisión de impugnación, los cuales están fijados con un tope de USD 10,000.00.

La carga del costo de cada precisión recae en el impugnante.

También se ofrece el servicio de una revisión formal de una decisión del *dispute board*. Esto, a veces, viene junto con una recusación. Vemos que se realice la decisión y luego se pide la recusación de uno de los miembros o de todos los miembros.

Este tipo de solicitud requiere que se incluya la copia del acuerdo entre las partes, las razones por las cuales se solicita revisar la decisión, el nombre de los miembros del *dispute board*, así como los detalles y datos de contacto de todas las partes involucradas.

Cada solicitud de recusar una decisión del *dispute board* debe acompañarse de una tasa de USD 5,000.00. Este depósito no es reembolsable y este depósito se descontará de los gastos administrativos o incurridos por la Cámara de Comercio Internacional en la revisión de la decisión, los cuales tienen un monto máximo de USD 10,000.00.

El costo de examen de cada decisión del *dispute board* es, por lo general, compartido entre las partes. Junto con el nombramiento y designación de miembros del *dispute board*, la Cámara ofrece también el servicio de fijar los honorarios de los miembros del *dispute board*.

En este caso, el centro fija los honorarios y éstos también tienen un depósito no reembolsable, que es parte de todo el proceso administrativo que ejecuta la Cámara o, más bien, el Centro Internacional de ADR de la Cámara de Comercio Internacional.

La siguiente lámina, por favor.

Hay otra alternativa y es una alternativa puntual, que es la designación de los miembros del *dispute board*, según el reglamento sobre peritajes y un tercero.

La propuesta de un tercero puede ser útil para las partes que desean utilizar sus servicios como miembro de un *dispute board* o para que esta persona colabore en la resolución de una controversia en un procedimiento similar y no administrado por la Cámara de Comercio Internacional.

Al igual que en el caso de la denominación de miembros de *dispute board*, en base al reglamento, la solicitud de propuesta referente a un tercero que puede ser presentada por una o por ambas partes, requiere una descripción del procedimiento de resolución de controversias, u otro procedimiento *ad-hoc* acordado por las partes para el cual se solicita la ayuda del tercero.

Si hubiese controversia, bueno, una descripción de la diferencia.

Además, las características que se requieren del tercero y, de igual manera, características que no se desean del tercero, y los plazos deseados para la conducción y finalización del procedimiento.

Si es necesario, el lugar acordado para celebrar las reuniones en persona con el tercero, y el o los idiomas acordados para el procedimiento.

Toda solicitud de propuesta requiere una tasa de registro que es no reembolsable y esta tasa es de un monto de USD 5,000.00.

De conformidad con el reglamento, la función que corresponde al centro se limita única y exclusivamente a proponer el nombre de uno o varios terceros y termina al finalizar el proceso de designación.

No se extiende a la administración del procedimiento de peritaje que está sujeto a un reglamento diferente.

La persona o parte que haya solicitado la propuesta puede contactar directamente al o los terceros propuestos por el centro, y según sea el caso, acordar con éste o éstos el alcance específico de su misión, así como los honorarios.

No resulta obligatorio el uso de los servicios de un tercero propuesto por el centro.

De forma anecdótica, como miembro del Comité Permanente del Centro Internacional de Resolución Amigable de Controversias de la Cámara Internacional de Comercio, puedo decir que, de un total de dieciséis solicitudes de servicios en el contexto de peritos acogidas por el centro en el año pasado, 2019, tres tuvieron relación con la nominación de miembros del *dispute board*.

Agradezco mucho la invitación y quedo abierta a sus preguntas.

Muchas gracias.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Muchas gracias, Cecilia.

Muy interesante lo que tú nos has expresado para tomar conocimiento.

Para terminar este panel, contamos con la participación del doctor Roberto Hernández, con el tema «Función preventiva de disputas de los *dispute boards* y habilidades blandas ante las diferencias culturales de las partes».

El doctor Hernández es abogado especializado en derecho de la construcción, contratación gubernamental y políticas corporativas anticorrupción. Ha participado en diferentes *dispute boards* en proyectos muy importantes a nivel internacional, y ahora le cedo la palabra.

Adelante, doctor.

**Roberto Hernández:** Muchas gracias, doctora.

Muchas gracias al centro, muchas gracias por su invitación. Es un honor estar aquí con ustedes. Lamentablemente, no estar en su maravilloso país, en el que siempre somos recibidos por nuestros queridos amigos de una forma increíble.

Lo lamento, pero lo mejor es poderlos ver por esta vía y les deseo que todos estén muy bien y con salud.

Quisiera comentarles y hablar sobre un tema sobre el cual trató el doctor Gray, el amigo Jaime, en la parte relacionada con la prevención de disputas.

Esta parte se ha convertido muy, muy relevante en los últimos años, y tan es así que el contrato nuevo Fidic ya ha cambiado su denominación de DAB a DAAB, que incluye la «a» de *avoidance*, que quiere decir tratar de impedir, prevenir una controversia.

¿Cómo puede participar un *dispute board* en la prevención de una controversia?, es lo que me gustaría compartirles el día de hoy.

Primero, prevención de disputas. Estamos muy acostumbrados a que en la relación contractual las partes llaman a un tercero hasta el momento en que ya se encuentra álgida la discusión, y, por lo tanto, una de ellas se ve obligada a llamar a un tercero, llámese conciliador, llámese el perito, árbitro para poder ayudar a las partes a través de una decisión a resolver su controversia.

Pero, a todo eso se le llama hasta el momento en que surge la controversia. Una de las cosas particulares que encontraremos en los *dispute boards*, son los *standing dispute boards* permanentes, es que desde el día uno se encuentra el *dispute board* presente.

Es una señal muy importante porque quiere esto quiere decir una figura, especialmente, es un tercero que ayuda a las partes a mantenerse en un estado de equilibrio de sus relaciones y las situaciones que se van dando dentro del proyecto.

Tan es así que tiene la obligación y el compromiso de mantener conversaciones y llamadas telefónicas frecuentes, si no se encuentra en un sitio de los trabajos, tiene la obligación y el compromiso de acudir a los sitios de los trabajos y, eventualmente, también tiene una facultad de lo que le llaman consultas informales antes de acudir a un tema relacionado con la disputa.

Yo me voy a quedar con esas fases única y exclusivamente.

¿Qué es la prevención? Pues, la prevención es, precisamente, el evitar o tratar de evitar que las partes lleguen a un conflicto, y es una parte fundamental en los proyectos de construcción, porque, si bien ya es invaluable la aportación de un *dispute board* como institución en el sentido de resolver los conflictos dentro del proyecto, todavía es mucho más importante y fundamental el evitar estas controversias.

¿Y cómo lo hace? Bueno, pues, a través de diferentes capacidades; a través de diferentes momentos.

El seguimiento, como decíamos, a través de las llamadas, a través del estar atento, de lo que dicen las partes en sus comunicaciones, a través del estar viendo cómo se hablan, cómo se refieren uno al otro.

Hay veces que una parte es completamente agresiva hacia la otra y la otra es, más o menos, y no hay una correspondencia entre sus comunicaciones, y es ahí cuando entra un poco el *dispute board*, y dice: «A ver,

señores, ¿qué está pasando?, ¿por qué estás molesto? No, es que ayer llegó tarde a la reunión y tú dices: «A ver, tranquilos». No tiene nada que ver que llegue tarde a la reunión con que no le aceptes la estimación valorada. Hay una serie de temas que debes de separar y yo creo que tiene el *dispute board* una capacidad o una necesidad de poder ver y entender la psicología de las partes, además del desarrollo del proyecto.

Claramente, esto también sucede en las visitas al sitio, porque en las visitas al sitio, en los *dispute boards* lo que hacemos es subirnos a las camionetas, ir platicando con las partes. Ahí es cuando se empiezan a hacer reproches, un poquito de: «Es que tú dijiste, no me dijiste, me ofreciste, no me ofreciste...», y uno tiene la capacidad de decir: «A ver, tranquilos, juntemonos, ¿qué es lo que pasa?».

Se baja uno en el sitio, platican: «Aquí tú me dijiste que estaba pasando esto. No me lo cumpliste, ta, ta, ta». Y el poder hablar e intervenir de una forma neutral, y tratar de disminuir la gran presión que tienen los profesionales en los proyectos es importante. Porque no es un tema criticable. Las partes tienen una gran presión: el cliente por terminar el proyecto y el contratista también por terminarlo y cobrar. Por lo tanto, no es ajeno que haya gran presión de las mismas para poder concluir en ciertas condiciones.

¿En dónde está la prevención? Está en la capacidad de la MRC, JRD o *dispute board*, como les quieran llamar, de poder entender la psicología de las partes, de poder entender el estado del proyecto, de poder entender la generalidad y universalidad de la conexión entre el proyecto y las partes, el contrato, las condiciones, por ejemplo, las que estamos viviendo de un covid, condiciones geopolíticas, condiciones sociales, y todo esto, hay una gran responsabilidad y un compromiso del *dispute board* para poder llevar a cabo estas acciones de prevención.

Una de las preguntas que siempre sale, porque ahora los *soft skills*. Los *soft skills* son estas capacidades de poder acercarse a las partes, por decirlo en una forma general, no me quiero meter a la descripción general de *soft skills*, pero es, de alguna forma, esa capacidad de poder establecer vínculos

y lazos entre las partes, y establecer métodos de comunicación no formales que permitan un mayor balance entre las partes.

Se nace o se hace. Yo estoy convencido de que hay gente que nace con ellas, pero sí se pueden hacer; sí es posible entrenar; es posible decirle a un *dispute board* que no actúe como árbitro, que no actúe como juez, si es que es un exjuez porque hay *dispute boards* que son exjueces, son exárbitros y que quieren una situación diferente y además tienen la capacidad, pero tal vez si fueran un juez, actúan con la firmeza y la dureza que un juez requiere.

Entonces, yo creo que sí es posible poder llegar a esas capacidades. Que, si son necesarios, claro que son necesarios. Y una de las cosas muy interesantes del *dispute board* es que necesita, tanto la capacidad de *soft skill*, como la situación de poder tener la fuerza de emitir una decisión o actuar en una audiencia con toda la situación que le requiere, lo que las partes le han expuesto. Pero, me voy a limitar a la prevención.

¿Cuáles son algunos de los principios que a mí me gustaría compartirles y que creo que la prevención puede estar caracterizada?

Uno, que el *dispute board* tiene que tener seguimiento y conocimiento del proyecto y de la industria. Un *dispute board* que, por ejemplo, es experto en farmacéuticos, un experto en farmacéuticos, y, de repente, lo ubiquen en un proyecto, claramente, a menos que sea un proyecto farmacéutico, específicamente, pues es de construcción general como una carretera o como una planta de algo que no sea su capacidad, muy posiblemente no tenga esto.

Y esto es muy importante, porque a veces se les llama por su capacidad específica técnica.

Y a mí me ha tocado tener como compañeros a personas de profesión increíblemente intachable, premios nacionales de ciencia y tecnología, pero que no tienen esta capacidad específica de poder entender lo que es un *dispute board* y el *soft skill* y etcétera.

Entonces, hay que tener un seguimiento del proyecto, del poder tener conocimiento de lo que es el *dispute board* y de lo que se requiere.

Mantener una neutralidad adecuada. No puede uno prevenir una disputa ni puede uno actuar en esta forma si no hay confianza de las partes, y la confianza se gana día con día.

La confianza se gana a través de la imparcialidad a través del poder hablar con las partes, a través de cuidarse en decirle a las partes y hablarles en la misma forma, en el mismo tono y mantener un balance no siempre es fácil, es difícil, pues todos somos humanos, pero es una obligación, un compromiso que tenemos.

Otro es el de ver el proyecto y no por las partes, recuerden que, como dijo Cecilia, no somos abogados de una de las partes, no somos peritos de una de las partes; estamos ahí porque hay una confianza de que tenemos una capacidad, tenemos una experiencia, tenemos una reputación, sea la que sea, por eso nos han nombrado, y, por lo tanto, no podemos dar una preferencia de ninguna forma.

Cuando vemos que alguien viene, y sin interés personal acude a nosotros, entonces, podemos prevenirlo.

Hay que encontrar el momento y la forma idóneas de poder acudir al tema de la prevención, y concientizar en sus beneficios, porque al final de cuentas, esto no solamente le corresponde a la mesa o a la junta de resolución de disputas, sino al proyecto al que nos debemos. Nos debemos a un proyecto para que concluya adecuadamente y se logre los objetivos que van a ser benéficos para alguien específico en la sociedad.

Y, como decíamos, poner manos a la obra. No pensemos en que, posiblemente, es necesario prevenir; es más importante invitar a las partes y ser proactivos en esta circunstancia en la que podemos ayudar a que las mismas no caigan en disputas innecesarias.

Finalmente, hay un dicho en mi país que yo no sé si también existe en Perú, que dice que «más vale un mal arreglo que un buen pleito». Y yo lo cambiaría por «más vale un buen arreglo que un pésimo pleito».

Entonces, yo creo que, al final de cuentas, es más importante prevenir, es muy importante esta labor y el *dispute board* tiene esta gran capacidad cuando está bien entrenado, cuando tiene experiencia y creo que en Perú han hecho una extraordinaria labor a través del centro para capacitar a miembros de la industria en este sentido, tanto en la parte técnica como en el *soft skill*.

Estoy aquí en este correo para servirles: rhernandez@comad.com.mx.

Muchísimas gracias, nuevamente, por la invitación, y ha sido un honor participar con ustedes vía virtual.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Muchas gracias, doctor Hernández. Muchas gracias. Muy interesante su ponencia.

**Roberto Hernández:** Gracias.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Vamos a continuar ahora con algunas preguntas.

Sé que algunos participantes han hecho preguntas. Por favor, un momento.

A ver. Aquí tenemos una pregunta: ¿Cuáles son los requisitos para ser miembros de las juntas de resolución de disputas y cómo se certifican estos requisitos?

Creo que el doctor Gray puede responder esta pregunta.

**Jaime Gray Chicchón:** Muchas gracias.

Para esto hay que recurrir a la norma y al reglamento de los centros. Ya lo dijo Carlos en su intervención, si hablamos de la JRD, tiene que ser alguien que esté registrado, entonces, por ejemplo, hay que ser ingeniero, hay que ser arquitecto, pero además hay que cumplir con los requisitos que las normas y, especialmente, el centro en el cual se registran, tiene.

Entonces, hay temas de experiencia, hay temas de competencia, y yo no quiero, a pesar de que podría o debería referirme específicamente a lo que tiene el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

Yo quisiera hablar un poquito más, en general, en el sentido de que sí, en el Perú existe, entonces, un tamiz que es el centro para tenernos en el registro, y ahí es donde se certifican dichas competencias, experiencias o calificaciones profesionales. Más allá de eso, internacionalmente no existen estos requisitos como los entendemos aquí en el Perú.

Existen algunas listas y existen algunas entidades que, inclusive, son muy prestigiosas y no necesitan tener una lista.

Fidic sí tiene, por ejemplo, la lista de presidentes, entonces, internacionalmente va a variar. Las JRD en el Perú tenemos que pasar por los tamices que he mencionado.

Ésa sería mi respuesta.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Bien, gracias.

Aquí hay una pregunta para el ingeniero Carlos López. ¿Qué opinión positiva tiene sobre el Decreto Supremo n.º 250, que establece que, en los contratos de obra vigentes, de manera excepcional, las partes pueden acordar incorporar la JRD como medio de resolución de conflictos en los casos en los que no se hubiera pactado?

**Carlos López Avilés:** Bien, mi opinión al respecto es que era necesario que se habilitara esta posibilidad para poder, sobre todo enfrentar todas las

controversias posibles que se susciten a raíz de la solicitud de ampliación de plazo excepcional, la revisión que tiene que hacerse de rendimientos que se estimaron para establecer plazos y costos, y que luego hay que confirmar, etc.

O sea, el entorno que nos ha producido el covid y las reglas sanitarias propicia una serie de situaciones que pueden convertirse y, seguramente, se van a convertir en controversias.

Los contratos que no tienen junta o que no tenían junta porque no había este dispositivo, la única posibilidad que les quedaba o que les queda es irse a un arbitraje que será, pues, posteriormente, o en algún momento del tiempo que no es contemporáneo.

Sin embargo, percibo que puede haber una dificultad en la implementación de esta norma, que es el asunto del costo de la JRD, que, al no haber estado previsto ni en el presupuesto de la obra ni en el presupuesto de la entidad, puede ser un tema que genere alguna dificultad.

El contratista dirá: «Bueno, ¿y quién me lo va a pagar?». Y la entidad dirá: «Bueno, ¿y de dónde lo voy a pagar», porque no hubo la previsión, porque no había la obligación.

Sin embargo, habrá que hacer seguramente un análisis costo-beneficio y ver qué es lo que conviene más. Gastar en la JRD y en el centro o gastar luego en un arbitraje.

Sin duda que la ecuación va a estar a favor de la JRD, pero serán cosas que tendrán que tomar en cuenta las partes al momento de decidir.

Pero, la posibilidad que se les da de hacerlo, es absolutamente importante y digna de resaltarse.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Bien.

Ingeniero, esta pregunta también está dirigida para usted. ¿Habría alguna desventaja en que se exija la participación de los centros?

**Carlos López Avilés:** Como dije en mi exposición, no encuentro que haya ninguna desventaja en que se exija la participación de los centros, puesto que tienen, dan un servicio que es totalmente necesario.

Si alguna quisiésemos encontrar, podría ser que tiene un costo, pero todo en la vida tiene costo, y el beneficio que da vale la pena invertir en ese costo que tampoco, pues, es una cosa exagerada ni mucho menos. Pero, si alguien quisiera encontrar alguna desventaja, la única que podría señalar es ésta, pero que, a mi juicio, ni siquiera ésta es una desventaja.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Gracias.

Esta pregunta, sí para el doctor Gray, y le vamos a pedir que se explye un poco. ¿Los adjudicadores pueden solicitar asesorarse de expertos fuera de las partes?

**Jaime Gray Chicchón:** Muchas gracias por la pregunta.

Sí, la respuesta es que sí, dependiendo, lógicamente del tipo de controversia y los reglamentos en los cuales se le ha designado.

No es frecuente, pero tampoco está impedido y, dependiendo del tipo de controversia, es más que necesario.

Yo considero que este auxilio es absolutamente correcto y depende, una vez más, de la cantidad de trabajo involucrada y los temas en los cuales en este tema, en específico, uno puede tener.

Ahora, quiero decir algo. Esto no es una regla general. Nuevamente, existen casos y casos, y en algunos de ellos, no solamente diría que es un auxilio, es algo absolutamente necesario.

Existen múltiples temas, y, nuevamente, en mi experiencia internacional, a veces existen diferentes perfiles. Tengo un ingeniero, tengo un arquitecto, hay un abogado. Entonces, no se puede esperar que, por ejemplo, un tema técnico por más que uno de los miembros sea ingeniero, y que sea ingeniero en la especialidad eléctrica, él ayude como si fuese un perito a ilustrarse.

Por supuesto que ilustrará desde su punto de vista, de su experiencia, etc., pero si es necesario hacer una pericia, no se le va a pedir a ese ingeniero que la haga.

Entonces, ¿es necesario el auxilio a veces? Sí. Es una buena práctica, sí, pero, nuevamente, no es la regla general. Hay que ver el caso y esto determinará si es necesario o no este auxilio.

Ésa sería mi respuesta.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Gracias, doctor, pero aquí viene otra pregunta para usted porque, definitivamente, esto es de abogados. ¿Consideran que la celebración obligatoria de los contratos tripartitos en las JRDs en el Perú, que de acuerdo al modelo que se propone en la Directiva n.º 012-2019, se trataría de un contrato civil? ¿Contrato de locación de servicios? ¿Tiene efectos positivos y cuáles serían? O, por el contrario, no sería necesario.

**Jaime Gray Chicchón:** Yo creo que es necesario. Yo creo que, además, esto es una buena práctica que está copiada en la norma y está puesta tanto en la norma ICC como en las normas de Fidic.

Recordemos, por favor, que no existe, a diferencia de un arbitraje, alguna jurisdicción. Ahí en esa jurisdicción, entonces, no es necesario estar firmando contratos, pero tenemos que alejarnos de esas prácticas y recordar que acá existe una relación que es tripartita y que ella debe ser materia de un contrato independiente. Es algo, además, que está regulado como tal. Entonces, eso hace necesario, y bueno, tener convenios tripartitos. Además, existen obligaciones que tienen que cumplirse más allá de la nor-

ma, y, nuevamente, los *dispute boards* fueron creados esencialmente como pactos y fueron desarrollados como tales.

En el Perú tenemos un caso muy especial, pero eso no nos aleja de la necesidad de relacionarnos a través de contratos.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Bien. Otra pregunta para usted.

¿Cuáles podrían ser los pros y contras de suscribir un contrato tripartito entre las partes y la JRD, como lo dispone la directiva que regula el tema en Perú? ¿Considera necesario contar con dicho contrato, a pesar de que su contenido consta principalmente de temas que son o pueden ser regulados por los centros de administración o, en todo caso, contenidos en el acta de inicio de funciones?

**Jaime Gray Chicchón:** Creo yo que mucho de esta pregunta está respondida en mi respuesta a la pregunta anterior.

Yo considero que es necesario que no existan desventajas. Por el contrario, no podemos pensar que, porque existe una regulación en el Perú, entonces, ya no es necesario ligarnos a través de contratos y para mí es absolutamente necesario, y en la medida que se sigan los modelos y las buenas prácticas, no hay ningún problema. Y eso es lo que internacionalmente espera de las partes que utilizan un *dispute board* y de la manera en la cual los miembros de un *dispute board* se relacionan con las partes.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Bien, gracias.

Para el doctor Hernández, ¿cómo la pandemia actual afecta el desarrollo de las labores de los *dispute boards*, entendiendo que la labor de sus miembros es, principalmente, presencial.

**Roberto Hernández:** Muchas gracias.

Ha sido todo un tema muy discutido a nivel nacional, el hecho de que el covid-19, la pandemia, pudiera llegar a pensarse que podrían impedir el desarrollo de los *dispute boards*.

Sin embargo, se han encontrado ya diferentes mecanismos, en general. Por ejemplo, las visitas al sitio poderlas llevar a cabo en una forma virtual a través de drones, a través de diferentes herramientas tecnológicas; a través de las video conferencias con las partes. No es lo idóneo, pero es una forma de poder, pues, contrarrestar todo este tema de las restricciones de viaje, el tema de los impedimentos para acceder a algunos países, y, claramente, el distanciamiento social.

La otra es que el asunto relacionado con las llamadas visitas a las sumisiones de los conflictos y desavenencias, y las audiencias se están pudiendo llevar a cabo en forma virtual, general, en términos muy razonables. Tiene sus complicaciones; ha habido diferentes publicaciones relacionadas con, pues, desde la posibilidad de mandar videos de carga muy importante de memoria, hasta la situación de los peritos y los testigos, pero nos hemos ido adaptando y hemos ido aprendiendo poco a poco de ello.

Ya hay varios artículos y yo creo que, en este momento, la MRC, la JRD se convierte en un elemento fundamental y muy útil en la pandemia, dadas sus características particulares diferentes, otro tipo de solución de controversias.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Bien, gracias, doctor.

Para Cecilia, por favor. De acuerdo a la experiencia internacional, considera más adecuado que los honorarios de los miembros de los *dispute boards* sean fijos o que se cobre un adicional por cada decisión que se les permite emitir y por qué.

**Cecilia Misu:** Bueno, principalmente, el uso es que los honorarios tienen un zócalo, que es fijo para que el miembro del *dispute board* se mantenga informado, lea la correspondencia, vea los reportes mensuales, etc., etc., y tiene un monto o tiene ciertos componentes que son variables, como es

el caso de las juntas o como es el caso de las visitas a la obra, o el caso de resolución de una controversia.

Lo importante es que las partes puedan calcular *a priori* cuánto va a costar mantener un *dispute board* porque, generalmente, en América Latina es un problema de, y no tan sólo en América Latina, en diversos mercados a nivel internacional es un problema de obtener el financiamiento. Y, sobre todo si este financiamiento está, el financiamiento del proyecto, en general, es de una organización internacional o de una organización gubernamental.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Bien.

Yo creo que esta pregunta es más para el doctor Gray. Dice: «Buenas noches. ¿En Perú es posible incorporar un *dispute board* en un contrato?»

**Jaime Gray Chicchón:** Por supuesto que es posible. En contratación pública tenemos toda la regulación que entró en vigencia este año, a la cual hiciste referencia, y tenemos el reciente decreto supremo que nos permite transitoriamente incorporarlos, una vez más, en aquellos contratos que no lo tenían previsto.

Entonces, en obra pública es absolutamente posible en este momento, y en obra privada, por supuesto. Y en ambos casos son un excelente auxilio para las partes y, más allá de las partes, para el proyecto. Muchas veces el gran olvidado es el proyecto. Es algo que siempre hemos discutido creo que todos los años en esta mesa con Carlos y con los demás, y es importante el estar presentes, no para crear burocracias, sino para buscar en conjunto las soluciones, y más importante que en la línea que ha mencionado Roberto, en lograr que a través de esa prevención las partes se pongan de acuerdo, no tiene precio.

Entonces, sí se puede, y yo diría, se debe. OK, y no porque lo diga una norma, sino que tenemos una oportunidad al frente.

Gracias.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Gracias.

Carlos, creo que podrías contestar tú esta pregunta.

Hay centros con un *pool* de adjudicadores reducido. Me parece haber escuchado que, si un proyecto selecciona un centro, está limitado a seleccionar a los adjudicadores de ese centro específico, o el proyecto podría escoger dos o tres centros.

**Carlos López Avilés:** No, no está prevista la posibilidad de escoger dos o tres centros alternativamente para poder ir viendo de completar la lista de adjudicadores.

Efectivamente, la norma señala que tiene que escogerse un adjudicador de la lista de los centros. Entonces, en este sentido, los que tienen que ponerse, como se dice, las pilas, son justamente los centros, de poder ir armando listas suficientes, amplias, para poder ofrecer el servicio, como dije cuando me tocó la exposición, refiriéndome al personal profesional del centro que debe poder apoyar, igualmente, el centro tiene que tener una lista que le permita cubrir la demanda que se le va a presentar.

Entonces, lamentablemente, no hay la previsión de que se pueda tener diversos centros establecidos en el contrato simultáneamente, y la relación de adjudicadores tendrá que ir creciendo paulatinamente, conforme los centros vayan desarrollando más su labor.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Bien, gracias.

Aquí hay una pregunta, creo que Jaime podría contestar. ¿En los *dispute boards* prima la voluntad del tercero o de las partes?

**Jaime Gray Chicchón:** Muchas gracias y voy a empezar a contestarle. Le invitaría a Roberto, a Ceci que me secunden, por favor.

Quiero entender bien quién es el tercero; el tercero es el *dispute board*, entiendo. Pero, lo más importante es lo que las partes han celebrado entre

ellas. Entonces, la actuación de los miembros de un *dispute board* y del *dispute board* va variando. Inicialmente, cuando no se ha puesto de manera formal una controversia, y es el momento en el cual nosotros decidimos, son las partes; son las partes quienes van resolviendo sus problemas.

Uno los ayuda, uno va identificando los temas para que, justamente, no crezcan y no lleguen a ser controversias, y menos aún, desavenencias.

Entonces, es la voluntad de las partes la que termina primando y, en cierto momento, solamente en cierto momento decidirá el *dispute board*. Pero, yo, por eso invitaba a las experiencias de Ceci y de Roberto para confirmar que nuestra labor como gente que decide, es cada vez más subsidiaria. Primero está en el auxilio, en el prevenir, en el evitar.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Bien, gracias.

A ver, para el doctor Hernández.

¿Qué consejos le daría a los abogados que participan en JRD para que no desnaturalicen este mecanismo?

**Roberto Hernández:** Gracias, doctora.

Yo creo que es una estupenda pregunta porque los abogados estamos muy acostumbrados al formalismo y a todas estas partes procesales, y yo creo que el consejo más importante que yo les daría en una forma derivada de mi experiencia es: entrénense, capacítense, escuchen a la gente que ha estado o tienen cerca a Jaime, que es un referente nacional e internacional, escuchen sus consejos, entiendan las diferencias y puedan determinar cómo se actúa en una JRD, cómo actúa un conciliador, cómo actúa un arbitraje y cómo actúa un juez.

Son diferentes cajones y hay que realmente no solamente entenderlo, sino permítanme usar este anglicismo, cambiar de *switch*. Cuando un abogado actúa en defensa de una parte en una JRD, que es un tema muy cuestionado de que si puede apoyar, defender o no, pero si lo hace, tiene

que actuar en una forma distinta a como lo hiciera en un arbitraje, tiene que actuar en una forma distinta a como lo hiciera un juez.

La JRD tiene una forma más flexible, más de búsqueda de la verdad, más de condiciones del proyecto, y, por lo tanto, pues, solamente viviéndolo puede entenderse, pero por eso hay que capacitarse, acudir a centros como este increíble centro en Perú y a los expertos que todos los días trabajan: Carlos López, Ceci, todos ellos tienen gran experiencia, y el escucharlos y poder entender esto es lo mejor que podemos hacer como abogados.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Bien, gracias. Ya estamos por terminar, por favor, Ceci, esta pregunta es para ti. Lo más breve posible. ¿Qué tan costoso puede ser una resolución internacional? ¿Quién asume los costos?

**Cecilia Misu:** Bueno, es difícil hablar de cifras de qué tan costoso; depende del presupuesto. De si mi presupuesto son mil dólares y la resolución me cuesta dos mil, es enormemente cara. Pero, el asunto es la razonabilidad de los costos, y la razonabilidad de los costos va a estar dada por el financiamiento.

Ahora, ¿cuánto puede costar? Depende. Depende si un *dispute board* está decidiendo, y yo veo casos, a veces, dentro de la Cámara de Comercio Internacional, que son disputas del orden de millones de dólares o millones de euros, obviamente, el *dispute board* va a tener que hacer un trabajo mucho más detallado. Más prolijo. La prolijidad va a estar siempre allí, pero el detalle porque, con seguridad, las partes no van a presentar un escrito de 24 hojas, sino que van a presentar 2,542 hojas, y, probablemente, 300 archivos.

Es una cosa, más bien, que se puede controlar dentro del mismo proceso y con las partes.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Gracias, Cecilia. Muchísimas gracias.

Van a disculpar, no se va a poder responder todas las preguntas, pero estamos con el tiempo.

Una vez más quiero agradecer al Centro de Arbitraje y Resolución de Disputas de la PUCP por tan excelente organización de este evento.

Asimismo, quiero agradecer la participación de tan distinguidos ponentes. Muchas gracias, señores. Les agradecemos bastante y también a todos los participantes y que tengan una excelente noche.

Muchísimas gracias.

**Cecilia Misu:** Aquí la noche está por terminar: son las tres de la mañana en Suiza.

**María Eliana Rivarola Rodríguez:** Bien, gracias.

**Todos:** Buenas noches. Gracias. Adiós.

**Claudia:** Muchas gracias a todos los ponentes y a los intervinientes de esta mesa por compartir sus ideas y experiencias respecto a este mecanismo de resolución de controversias.

Agradecemos también a todos nuestros seiscientos cinco participantes que están en este momento, que nos acompañan en este segundo día del congreso.

**MESA N.º 4: «PROS Y CONTRAS DEL MED-ARB EN  
CONTROVERSIAS EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO»**

*César Guzmán-Barrón Sobrevilla (moderador)*

*Mercedes Tarrazón*

*Carlos Seminario Reyes*

*Jackson Gallardo Aguilar*

*Martín Mijichich Loli*

*Pierina Mariella Guerinoni Romero*

**Claudia (presentadora):** Continuando con nuestro programa, tenemos a la mesa número cuatro, cuyo tema es pros y contras del MED-ARB en controversias en las contrataciones con el Estado.

El moderador de esta mesa es el doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, quien es árbitro y profesor principal de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lo acompañan como ponentes en esta oportunidad, Mercedes Tarrazón, quien es exmiembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC Barcelona y en Dispute Management.

También se encuentra Jackson Gallardo Aguilar, quien es jefe de la subdirección de procesos arbitrales del OSCE.

También nos acompaña Martín Mijichich Loli, secretario general del Consejo Directivo de la Procuraduría General del Estado.

Nos acompaña Carlos Seminario Reyes, quien es árbitro, y, finalmente, nos acompaña Pierina Mariella Guerinoni Romero, quien es árbitro.

A continuación, les recuerdo que el moderador indicará a cada ponente el tiempo que le corresponde, siendo la coordinación técnica quien se encargará de controlar el tiempo.

Por último, les recordamos que las preguntas se realizarán exclusivamente a través del ícono de preguntas y respuestas que puede visualizar en la parte inferior de sus pantallas.

Listo, siendo esto así, Adelante, doctor Guzmán-Barrón.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Muchas gracias. Muy buenas noches con todos, y como suele usarse en la Universidad Católica, con todas.

Hace ocho años nosotros pensamos en el centro, que ustedes saben que tuve la suerte de dirigir, la idea de incorporar con Jaime Gray y con otras personas más, a Roberto Hernández, la junta de resolución de disputas.

Hoy, para quien les habla, es una satisfacción ver cómo la junta de resolución de disputas es una realidad en nuestro país. Es más, ese último decreto supremo permitirá que se incorpore, inclusive, excepcionalmente, en los contratos en proceso.

Y, precisamente, hoy también nos toca ver una novedad: un nuevo mecanismo. Un nuevo mecanismo que, seguramente, resultará antiguo para todos nosotros, toda vez que no es otra cosa que la mezcla de dos mecanismos, de dos mecanismos que funcionan hace mucho tiempo ya en nuestro país: la mediación (que aquí llamamos conciliación) y el arbitraje.

Nos toca tratar, por tanto, un tema nuevo, pero que, sin embargo, viene a ser en el fondo un mecanismo híbrido que tiene características, tanto de mediación como de arbitraje.

Es decir, las partes en controversia, normalmente en este mecanismo que hoy día conoceremos o reconoceremos, al principio tratan de solucionar su controversia a través de una mediación.

Y para ello, evidentemente, nombran un mediador, un tercero mediador que nosotros lo solemos llamar conciliador. Y con la experiencia que tenemos, ya de varios años de conciliación, conocemos, más o menos, cuáles son sus tareas, pero que, curiosamente, vienen a ser muy parecidas a las que acaba de mencionarse en el tema de la adjudicación.

Entonces, una vez que se ha tratado de llegar a una solución, a través de la mediación, si no llegaran a una solución donde han nombrado, naturalmente, a alguien especializado en el campo de la mediación que tiene una característica especial, cualidades y habilidades particulares, que no llegaron a acuerdo, que no acordaron todo, inmediatamente pasan al arbitraje. Es un paso inmediato donde, entre ellos, entre las partes designan un árbitro o, tal vez, el mismo conciliador puede ser que tenga las mismas habilidades.

De lo contrario, buscarán una persona calificada a quien le delegan esta tarea de ser árbitro, y, evidentemente, como todos sabemos, llevará el arbitraje hacia adelante, y, probablemente, si fue antes conciliador, conocerá mucho más del tema para que pueda resolver adecuadamente.

Y, precisamente, hoy día tengo la satisfacción, y diría yo el orgullo en el poder compartir con ustedes como, simplemente, el coordinador, analizará los pros y contras de utilizar este nuevo mecanismo, por lo menos, nuevo para nosotros, mecanismo híbrido en la solución de controversias, precisamente, en aquel aspecto que ya fue tratado también. En el caso de junta de resolución de disputas en contrataciones con el Estado.

Además, como también se ha mencionado hace un momento, también es una etapa de mitigación de una crisis que es terrible para todos nosotros, que es la pandemia.

Siendo fundamental, por tanto, buscar herramientas nuevas que pudieran, de alguna manera, ayudarnos a solucionar esta etapa. Hemos visto que el arbitraje es posible, ayer lo veíamos en la primera mesa. Hemos visto que el JRD es posible, a pesar de la pandemia, sin embargo, la conciliación o la mediación arbitral es probable que sea o podría ser una solución.

Por eso es que nos hacemos varias preguntas; varias preguntas que me imagino que ustedes se harán.

La primera que me haría es, bueno, y qué es el MED-ARB y para qué MED-ARB, si ya nosotros podemos, por ejemplo, en un contrato hoy día, de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado, incluir conciliación y luego arbitraje. ¿Por qué esta mezcla? ¿Por qué tiene eso? ¿Por qué inmediato? ¿Por qué sería preferible de esta forma?

¿Y es el MED-ARB, por ejemplo, un medio eficaz para enfrentar esta crisis que estamos viviendo? ¿Es el MED-ARB una herramienta que nos proporciona soluciones rápidas y beneficiosas para ambas partes? ¿Cuáles son sus características y procedimientos? ¿Cómo son los costos de todo este MED-ARB? ¿Existen experiencias en el mundo sobre el MED-ARB, en otros países, como en España? ¿Será aplicable a la contratación pública? ¿Será necesario modificar la Ley de Contratación Pública para que se apliquen las ventajas y beneficios si estamos de acuerdo con ellas?

Precisamente para responder a éstas y más preguntas, aquellas interrogantes que ustedes tengan a bien realizar al término de esta mesa, es que nos estamos reuniendo hoy día para, precisamente, tratar este campo tan nuevo.

Son cinco panelistas, primero una expositora, a quien agradecemos plenamente, porque sabemos que Mercedes Tarrazón, probablemente, esté a las tres o dos de la mañana, y nosotros aquí estamos todavía en la noche, tranquilos, descansando.

Mercedes, te agradecemos tanto que hagas este esfuerzo especial por estar con nosotros, siendo tres de la madrugada, probablemente, en tu hermoso hogar.

Nosotros vamos a tener, entonces, diez minutos para cada uno de los panelistas, y yo haré algunas preguntas para un poco motivar al panelista sobre el tema que va a desarrollar, y a partir de cada exposición me permitirán hacerle una interrogante al expositor siguiente, de tal manera que

vayamos tratando de hacer como una secuencia lógica, que nos vayan permitiendo a todos nosotros averiguar de qué estamos hablando.

Es esta mezcla. ¿Qué es este híbrido? ¿Por qué este mecanismo?

Entonces, creo que todos estamos ávidos por conocerlo. No es algo que no exista en el mundo. Lo interesante en esta presentación, es que vamos a tener a Mercedes Tarrazón que, precisamente, nos va a explicar qué es el MED-ARB, y, además, le hemos pedido a ella si es posible que nos cuente algunas experiencias.

No sé si ahora o en la segunda ronda, pero si fuera posible ahora, en estos cortos diez minutos.

A veces da un poco de pena tener a una expositora del nivel de Mercedes, en tan poco tiempo. Sin embargo, así son los tiempos en los congresos, todos los conocemos.

Entonces, te damos la palabra, Mercedes, no sin antes volverte a agradecer el esfuerzo especial que estás haciendo por ingresar a estas horas de la madrugada en tu querida patria.

Adelante, Mercedes, para que nos desasnes, para que nos alegres, para que nos entregues tus conocimientos, tu experiencia, en el campo de qué es este tema: MED-ARB.

Tiene la palabra, Mercedes, por favor.

**Mercedes Tarrazón:** Buenas noches a todos.

Muchísimas gracias a César por esta cariñosa y generosa presentación.

La verdad es que sí que son las tres de la mañana en Barcelona, pero me conecto con mucha alegría y con mucho interés a este congreso, y quisiera, antes que nada, agradecer a la Pontificia Universidad Católica del

Perú, el haber pensado en mí para participar, precisamente, en esta mesa, que es un tema que me es muy querido.

Antes había hecho una presentación del MED-ARB, elemento híbrido, y quisiera hacer énfasis en esto porque quisiera antes que nada diferenciarlo y precisarlo en su definición cuándo es MED-ARB y cuándo no lo es, y después hacer un poco de su contexto histórico, para después ya entrar en cuestiones más técnicas y en dónde pueden estar las dificultades y ver si comentar algunos casos concretos.

Exactamente, estamos hablando de un procedimiento concebido como tal. Digo esto porque, a veces, encontramos en un *latus sensu*, muy *latu*, referencias al MED-ARB, hablando realmente de lo que son cláusulas escalonadas o cláusulas multimodales, es decir, aquellos contratos donde las partes han previsto que iniciarán una mediación y que, en un supuesto de no alcanzar un acuerdo, o un acuerdo que no resuelva la totalidad de los puntos de discrepancia, las partes iniciarán un arbitraje.

Fijémonos que en estos casos estamos hablando de dos procedimientos, incluso, pueden ser dos procedimientos institucionales, sometidos a distintas instituciones o una mediación *ad-hoc* con un arbitraje institucional. Por tanto, aquí no estamos hablando de esto. Estamos hablando de un procedimiento de resolución de disputas que ya, desde el principio, ha sido concebido como tal.

En el MED-ARB se empieza a hablar de él y surge, sobre todo hará unas tres-cuatro décadas, tal nombre, porque como decía César, esta realidad es de convidar, y luego haré una referencia a ello, existen de antaño ya en otras, pero llamado como MED-ARB y concebido como tal, surge, sobre todo hace tres-cuatro décadas en Hong-Kong, en Singapur, y es el *boom* de la mediación en Inglaterra y Gales. Estas jurisdicciones ya están muy vinculadas por contextos históricos al mundo británico, al mundo de Inglaterra y Gales, y se empieza, pero se toma desde la filosofía del modo de ver asiático, donde hay un gran impulso del acuerdo, de la armonía.

Entonces, allí se empieza hablar de tener lo mejor de los dos mundos. Es decir, poder las partes conseguir un acuerdo a través de la mediación, por tanto, un acuerdo pactado, un acuerdo de arbitraje que hace bien a todos, y, entonces, tener las ventajas de un laudo arbitral que lo recoja; un laudo por consenso.

Esto que se inicia sin parte o uno de los argumentos con los que se promociona, es, precisamente, eso, genera o nos genera a algunos profesionales, y nos manifestamos al respecto con reticencia. Reticencia porque el arbitraje se inicia o se puede iniciar cuando ya no hay conflicto.

Por tanto, en nuestras jurisdicciones podría haber un cierto fraude procesal. Todo esto ha evolucionado ya en Hong Kong y, sobre todo en Singapur, donde actualmente de lo que se habla es de ARB-MED-ARB.

Se empieza un arbitraje formalmente, se designa en ese momento árbitros, tribunal arbitral o árbitro único, y mediador, mediadores, y después o si las partes deciden ir a mediación, van a mediación; o sea, se suspende el arbitraje, se va a mediación y, si no se alcanza acuerdo, se va a arbitraje, o si se alcanza acuerdo, acogidos dentro de ese arbitraje que ya se inició, que está en suspenso, se vuelve al arbitraje para que el tribunal arbitral recoja el acuerdo de las partes en un laudo de consenso.

Esto supera todas las reticencias procesales o técnicas que pudiera haber y con lo cual el laudo resultante es un laudo ejecutable en todos los aspectos y protegido, en el ámbito internacional, por la Convención de Nueva York.

Los modelos híbridos llevan ya, desde lo más reciente, llevan teniendo un interés creciente.

Yo quisiera hacer sólo una corta mención a dos iniciativas por su calidad, y en las que he tenido el honor de participar.

En el 2017, Thomas J. Stipanowich, profesor de la Pepperdine University en Estados Unidos, lanza el International Task Force of Mixed Mode

of Dispute Resolution, donde se trata distintas maneras de procedimientos híbridos de combinar procedimientos.

Y, recientemente, este año la Cámara de Comercio Internacional, la ICC, ha creado un Task Force on Arbitration.

Puesto en contexto el procedimiento como tal, me gustaría centrarme en una cuestión que ha señalado César ya en su introducción, y que es donde está, a mi modo de ver, la gran problemática del MED-ARB.

No es la combinación de los dos procedimientos donde está la cuestión técnica enjundia, sino que ese rol sea llevado a cabo por la misma persona.

Es ahí donde surge la gran dificultad porque, realmente, el conciliador, que le llaman ustedes, el mediador, ha estado ayudando a las partes a alcanzar un acuerdo, y ha tenido sesiones privadas con cada parte donde ha tenido ocasión de contrastar y de escuchar, de conocer información confidencial.

¿Qué hace esa persona con esa información confidencial en el momento de evitar un arbitraje? ¿Qué es más grave? ¿Puede eso afectar a la validez, a la ejecutabilidad del laudo?

Entonces, aunque no es lo que nos gustaría oír a veces y lo entiendo, la experiencia me ha demostrado que la mejor práctica es tener personas separadas para los dos roles. OK, no es cierto que el conciliador, el mediador, que la conciliadora, que la mediadora tenga el conocimiento suficiente para elegirse como un árbitro. Tendrán conocimiento del caso, según se lo ha ido conociendo, pero no ha habido unos principios, como el de contradicción, que son sagrados en el arbitraje para generar un laudo de calidad; un laudo sólido. Porque no nos engañemos, las partes, lo que necesitan es que, si ese laudo no se cumple voluntariamente, pueda ser ejecutado.

Cualquier cuestión que afecte al principio de audiencia y contradicción, en cualquier jurisdicción, veamos la ley de arbitraje de los distintos países, dará pie a una acción de anulación, a una causa de nulidad de ese laudo.

Entonces, aunque exista una tentación, y aunque las partes, y es cierto que esto ocurre, quieran que sea la misma persona, la experiencia me ha demostrado que no es bueno para las partes, y voy más allá, no es bueno para el profesional, para la profesional que está en ese rol. Por qué como mediadora, he estado insistiendo a las partes en todo momento, que la solución es suya, que yo no tengo opinión, sino que estoy allí para intentar estructurar la negociación y ver de ayudarles a generar opiniones, si de repente, porque no se ha alcanzado un acuerdo, me dijo en que ahora sí tengo opinión, yo me estoy contradiciendo. Lo que es peor, para mí, es pan para hoy y hambre para mañana.

No sé si esta expresión se utiliza en Perú. Quiero decir con ello, pongamos que resuelvo, doy mi opinión, pero esas partes siempre más pensarán que yo tenía opinión desde el principio. Y, además, es algo muy delicado la concepción de la opinión por las partes.

Es decir, cuando te piden esa opinión tuya o que tú te erijas en árbitro, ambas partes están esperando tener razón porque, si no, no lo harían.

Entonces, las expectativas se frustran. Es ser muy riguroso en los procedimientos de resolución de conflictos, son roles muy distintos y retomo ahí algunas de las expresiones que se decían en la mesa anterior, y que el doctor Guzmán-Barrón ha recogido en su introducción.

Hay muchos elementos comunes, pero hay grandes diferencias, y hay que saber en cada ocasión qué se está haciendo. ¿El MED-ARB funciona? ¿O el ARB-MED-ARB?, depende de qué se quiere hacer.

MED-ARB o ARB-MED-ARB funcionan en la medida en que se dejen, que los terceros son personas señaladas a sus efectos.

Mi tiempo ha culminado, pero creo que sí después puedo comentar casos prácticos.

Muchas gracias.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Muchísimas gracias, Mercedes. Quisiéramos poder seguir escuchándote realmente, porque has expuesto los temas más centrales.

No puedo dejar de comentar lo que nos estás diciendo. Yo soy conciliador y soy árbitro, por tanto, son dos papeles distintos, absolutamente.

Entonces, nos estás poniendo un reto buenísimo. Nos lleva adelante para ver dónde están los beneficios, dónde están las ventajas de trabajar de esta manera, porque como tú bien señalas, hay las cláusulas escalonadas que, aparentemente, serían suficientes y en nuestro país existen las cláusulas escalonadas, precisamente, en la Ley de Contrataciones del Estado.

Sin embargo, vamos a ir conversando sobre este tema y tenemos panelistas que nos van a compartir su experiencia.

Y, particularmente, que nosotros vivimos, igual viven en España y en el mundo, estos momentos serios de mitigación de la crisis de la pandemia.

Entonces, nos hemos preguntado un grupo de profesionales acá en Lima, si el MED-ARB podría ser una solución y por dónde la podríamos encontrar, si efectivamente el MED-ARB puede ser una mitigación o una alternativa eficaz para enfrentar la crisis, y por qué podría serlo.

Podríamos decir no. Tú estás hablando fuera de lo que deberías hablar. Sin embargo, me atrevo a hacer la pregunta, y me atrevo a hacer la pregunta para conocer también si, efectivamente, esto es porque es una herramienta rápida, porque es una herramienta beneficiosa, porque de repente es una herramienta menos costosa.

Con estas preguntas, con estas interrogantes voy a dejar con ustedes a Carlos Seminario.

Carlos, tienes tú la palabra.

**Carlos Seminario Reyes:** Buenas noches, doctor, gracias por la palabra y gracias al centro por la consideración y por la invitación.

Y, bueno, yendo a su pregunta, como todos sabemos, nos encontramos frente a una crisis económica sin precedentes, en la que cada día cierran negocios y muchos de los que sobreviven tienen dificultades para mantenerse.

De un momento a otro las ganancias se han visto disminuidas ante la falta de consumo y los costos se han elevado ante la necesidad de implementación de nuevas tecnologías, como el teletrabajo y los protocolos de bioseguridad.

Para contrastar esta situación, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, durante el segundo trimestre del 2020 señaló que el PBI se contrajo en un 30%, en comparación con el crecimiento económico y precios que tuvimos en el año 2007.

A su vez, el sector público también se ha visto afectado. De acuerdo al INEI, la inversión pública se contrajo en un 69%.

La gestión y la solución de conflictos no debe ser ajena a esta crisis. Hoy más que nunca necesitamos de mecanismos que nos permitan soluciones rápidas y satisfactorias.

Necesitamos que nuestras herramientas nos ayuden a conseguir una respuesta y no nos generen un problema adicional.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que no tenemos una cultura de gestión de conflictos. Estamos acostumbrados a atacar el problema una vez surja, y no evitar que éste suceda.

De ahí parte nuestra situación actual. Ésta es arbitrajes interminables, costosos, agotadores, que, generalmente, terminan en un laudo no necesariamente satisfactorio.

Obviamente, la parte perdedora nunca va a estar contenta, pero también existen casos en los que los ganadores no se sienten de esa forma, ya sea por el tiempo que demoró el laudo, por todos los costos del proceso, por haber sido más caro que el propio derecho obtenido, porque no se ampararon, finalmente, todas sus pretensiones.

Evidentemente, no podemos cambiar nuestras costumbres tan arraigadas de la noche a la mañana, y pretender eliminar al arbitraje de nuestro sistema.

No obstante, creo que sí es un momento para adoptar medidas de mitigación ante la pandemia.

Analizar las posibilidades que nos brinda el mercado, ¿y por qué no?, aplicar nuevas herramientas que nos permitan una mejor gestión de los conflictos, herramientas como el MED-ARB.

Ahora, sobre el MED-ARB, debemos tener en consideración que éste no surge como una herramienta que algún jurista o alguna institución decidió imponerle a un determinado grupo de consumidores. No, el MED-ARB, simplemente, es una respuesta de mercado.

A nivel internacional notaron que el arbitraje no era del todo eficiente o satisfactorio. Debido a ello se optó por incorporar los beneficios de la mediación, a fin de obtener una respuesta acorde a la necesidad de una adecuada gestión de conflictos.

Entonces, teniendo en cuenta que el MED-ARB busca incorporar al arbitraje los beneficios de una mediación correctamente gestionada, quisiera señalar brevemente cuáles podrían ser estos beneficios que se puedan incorporar a nuestro sistema arbitral.

Una mediación puede incorporar lo siguiente. En primer lugar, ahorro de tiempo.

Según una revista de derecho de Valdivia de Chile, país que está utilizando recurrentemente la mediación comercial, un proceso de mediación dura, aproximadamente, cuarenta días, teniendo sesiones de entre seis a ocho horas.

Si tomamos como referencia ello, tenemos que cuarenta días es mucho más eficiente que los seis meses que puede durar un arbitraje como mínimo, siendo la regla, incluso, que se extienda mucho más tiempo.

En segundo lugar, la mediación nos permite un ahorro en recursos económicos y personales.

Si bien no se puede precisar montos de cuánto costaría una mediación, por lo pronto podemos decir que no es lo mismo tener un abogado de parte por cuarenta días, por seis meses o un año, existiendo un ahorro evidente, por lo menos, en ese aspecto.

A su vez, un procedimiento breve implica un menor desgaste personal de las partes que tienen que afrontar la controversia.

En tercer lugar, en una mediación no hay una parte perdedora, ante un acuerdo ambas partes están conformes con el resultado.

Adicionalmente a estos beneficios, considero también que debemos quitarnos la idea de que la mediación o conciliación sólo resulta útil para contratos de menor cuantía, cuestiones de familia o derechos laborales.

Actualmente, la mediación por sí sola ha adquirido relevancia en cuanto controversias millonarias y de gran complejidad.

Como ejemplo de la importancia de la mediación, más que casos específicos, quisiera citar dos regulaciones que nos permiten observar su alcance actual.

Tenemos, en primer lugar, el reglamento de mediación de WIPO, Organización Mundial de Propiedad Intelectual, que trata exclusivamente controversias de esta naturaleza, entre ellas, patentes y derechos de autor.

WIPO no sólo fomenta la mediación a través de un reglamento especializado para controversias de propiedad intelectual, sino que tiene una lista de 1,500 profesionales que pueden desempeñarse como mediadores y árbitros provenientes de más de cien países.

Y, en segundo lugar, tenemos la Convención de Singapur, que es la Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales, resultantes de la mediación, aprobado en diciembre del 2018 y con apertura a la firma a partir del 7 de agosto de 2019.

Contando en la actualidad con cincuenta y dos países miembros, pudiendo resaltar la presencia de Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay y Venezuela.

Al respecto, para este último punto cabe destacar la voluntad política internacional de darle un reconocimiento a la mediación, a tal punto que se pretende hacer un símil con la Convención de Nueva York de 1958.

Aquí se permitió el auge del arbitraje internacional, ya que, a través de este instrumento, los laudos arbitrales adquirieron reconocimiento y ejecutabilidad en, aproximadamente, doscientos países. Esto es, prácticamente, todo el mundo.

Teniendo en cuenta, entonces, la importancia de la mediación, podemos preguntarnos ¿cómo es con un MED-ARB?

Nuestra respuesta es simple: un MED-ARB busca la sinergia de ambos mecanismos.

Ustedes podrán decir que actualmente nuestro sistema ordinario y también en el de contratación pública existe la opción de que las partes va-

yan a conciliación y luego a arbitraje. Incluso la ley de arbitraje señala que cualquiera de las partes puede conciliar en cualquier momento del proceso.

Entonces, cuál es la novedad que podría traer un MED-ARB. A nuestra consideración: sinergia. No busca que uno más uno sea dos, sino que uno más uno sea más que dos. Busca que los beneficios de ambos mecanismos, no sólo se complementen, sino también que se potencien entre sí.

El arbitraje por sí solo garantiza la solución del conflicto, pero no asegura una adecuada gestión del mismo.

Existen casos de árbitros excelentes que han tenido arbitrajes de dos o tres años, y no se debe a negligencia de éstos o de la institución, sino simplemente al comportamiento litigioso de las partes.

Cuando tenemos partes litigiosas que presentan escritos por absolutamente todo, especialmente, por cuestiones procesales, el árbitro está obligado a dar cuenta de todo esto y de cada uno de estos escritos, porque tiene la obligación de salvaguardar el derecho de defensa de las partes; de lo contrario, incurriría en nulidad.

En cambio, la mediación, si bien no garantiza un resultado porque depende exclusivamente de la voluntad de las partes, sí garantiza una adecuada gestión del conflicto. El procedimiento siempre va a ser breve, el mediador se encarga directamente de eliminar toda cuestión o gestión que impida centrarse en el fondo de la controversia.

Todo cuestionamiento de forma no tiene asidero en la mediación, sino el mediador es responsable de que las partes se concentren en solucionar su conflicto o analizar todas las alternativas de solución.

Entonces, si a nuestros arbitrajes les incorporamos la mediación, nuestra finalidad es incorporarle una adecuada gestión del conflicto.

De esa forma, si la mediación no resulta exitosa en términos de resultado, sí lo será en disminuir la litigiosidad, nota característica de nuestro mercado peruano.

Si el mediador realiza correctamente su trabajo, éste logrará que las partes dejen de confrontarse y mantengan un diálogo con un objetivo común; esto es, la solución del conflicto.

Si el mediador tiene éxito, las partes dejarán de verse como enemigos y empezarán a actuar como colaboradores.

Un ejemplo de ello es la JRD. Los adjudicadores han sido propiamente mediadores y han tenido éxito en solucionar controversias, no necesariamente resolviendo, sino con algo tan simple como el fomento del diálogo, en el que las partes se han dado cuenta de que ellas mismas pueden llegar a una mejor solución que un tercero.

Ahora, ¿sería pertinente el MED-ARB en este momento de crisis? Considero que sólo la mediación en estos tiempos de crisis resultaría insuficiente, porque necesitamos que las controversias se solucionen sí o sí. Necesitamos un resultado que sólo nos lo puede dar el arbitraje, nos guste o no nos guste.

No obstante, creo que sí es necesario incorporar una adecuada gestión de conflictos en nuestros arbitrajes, que nos permitiría eliminar o disminuir la litigiosidad, permitiendo procesos más céleres y soluciones prontas.

Entonces, creo que sí es una buena oportunidad para incorporar la mediación, con la finalidad de que las partes agoten todos los medios de solución consensuada.

Eso nos da una oportunidad porque no tenemos contratos que tengan previstas cláusulas de pandemia, no apreciamos de forma clara una solución de riesgos a nivel contractual.

Hoy es importante que las partes dialoguen, no para determinar la naturaleza jurídica de la pandemia, sino para encontrar soluciones rápidas.

Tanto los proveedores como las entidades saben que sus contrapartes no son responsables de la pandemia, pero son conscientes de que ambos se han visto afectados, por lo que es un ambiente propicio para que las partes reconozcan que ambos tienen que ceder.

Los perjuicios de la pandemia podrán ser superados si se actúa de forma conjunta, y no peleando para que exista una parte perdedora y una parte perdedora.

Bueno, para concluir, quisiera destacar la apuesta del Estado peruano por los contratos colaborativos incorporados en los Panamericanos y ahora en la reconstrucción con cambios, los cuales tienen un balance positivo.

En esencia, los derechos y obligaciones se mantienen, sólo se les ha otorgado un enfoque de ayuda mutua. Enfoque que ha dado buenos resultados.

Entonces, podemos preguntarnos, si los contratos modernos recurren a la colaboración, ¿por qué quitar ese elemento en la gestión y solución de conflictos?

Contamos con las herramientas que fomentan la colaboración, tales como la mediación. Entonces, ¿por qué no planteamos la posibilidad de incorporarla a nuestros procesos arbitrales, que tanto lo están necesitando en estos momentos.

Bueno, eso sería todo. Muchas gracias.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Muy bien, gracias, Carlos.

Sin duda, no tenemos tiempo para todo, pero nos ha dejado en un espacio muy especial, porque Mercedes nos convencía de este sistema y

ahora tú nos terminas de tratar de convencer, a ver si es que realmente aquí en el Perú funciona la mediación dentro del proceso arbitral.

Como bien se ha señalado, nuestra ley concibe esa posibilidad, inclusive, con un mal Poder Judicial dice que sí, pero, quienes llevamos arbitrajes, sabemos que después del arbitraje, durante el arbitraje, digan: «Bueno, ¿ustedes quieren conciliar? En el caso, es una verdad de Perogrullo que la respuesta es no.

Entonces, se convierte en una mera formalidad. Tú nos has planteado el reto de que no sea así. Que no sea así porque, precisamente, como bien señalaba Mercedes, esa persona que inicia o que va a ejercer esta gestión, precisamente, aquélla que tiene las habilidades y capacidades para llevar a una mediación.

Precisamente ahora vamos a pedirle a Mariella Guerinoni que, producto de su experiencia como árbitro de varios casos, de varios años, y también una promotora de la conciliación, por lo que la conocemos, cómo ve esta alternativa, ¿y cómo ve esta alternativa con un mecanismo de controversia contra la gestión pública, es decir, nos encontramos con una alternativa que podrá superar las limitaciones y debilidades del arbitraje, Mariella? ¿Ésta será la fórmula? Tú que eres una promotora de la conciliación y lo sabemos muy bien varios que te conocemos. ¿Qué es lo que tú propones? ¿Cómo te suena esta nueva opción que se nos presenta, inclusive, para ahorrar? Para ahorrar tiempo, para ahorrar dinero, para ahorrar costos y para acelerar la paz en el Perú.

Tienes la palabra, Mariella, por diez minutos.

**Pierina Mariella Guerinoni Romero:** Agradezco al Centro de Análisis y Resolución del Conflictos de mi alma máter, que es la Pontificia Universidad Católica del Perú, por la invitación y, por supuesto, a Marlene, a todo su equipo y muy honrada de participar con tan prestigiosos panelistas.

Bueno, sí, claro. Yo soy una promotora de la conciliación porque también soy conciliadora extrajudicial y sé de las bondades de la conciliación.

Y explorar, bueno, mecanismos nuevos, como puede ser el MED-ARB, por supuesto que me parece una buena idea, siempre es bueno explorar estos mecanismos, sobre todo que estamos viendo que el Estado peruano está abierto a nuevos mecanismos.

Hace tres años quería incorporar una junta de resolución de disputas y por qué no analizar y evaluar las ventajas o no de incorporar el MED-ARB en contrataciones estatales.

No olvidemos que desde el año 1998 y, específicamente, en el año 2000, en que se extendió el arbitraje obligatorio a todos los procesos de selección en materia de contratación estatal, ha sido una medida muy positiva, pero también ha generado que los arbitrajes crezcan exponencialmente en el Perú.

Y eso también ha generado distorsiones, en el sentido de dejar de lado mecanismos tan eficientes y tan eficaces en tiempo y en ahorro de costes, como podrían ser la conciliación o la mediación.

Si bien el arbitraje, por supuesto, es una alternativa extraordinaria, y no voy a dejar de pensar así también, como alternativa, además, jurisdiccional, porque es la única que está frente al Poder Judicial, digamos, en igualdad de armas, porque ambas son jurisdicción.

Como alternativa jurisdiccional al Poder Judicial, se ha convertido en muy onerosa, lo que puede significar también una barrera de acceso para algunos, no se ha convertido en un proceso que no es tan rápido como los tiempos que esperan las partes que se resuelvan las controversias, y también hay que decir que no existe la cantidad de árbitros probos y especializados en contratación estatal que permita, pues, poder llevar a cabo estos arbitrajes.

Sabemos que también hay unos desincentivos regulatorios que alejan a los árbitros, pero ese no es el tema que nos convoca en esta mesa.

Entonces, volviendo a los medios alternativos, y me refiero medios alternativos, tanto al arbitraje como al Poder Judicial, está la conciliación, la mediación.

En el caso de asociaciones público-privadas tenemos al amigable componedor, que, finalmente, no es un amigable componedor, es un mediador, porque el amigable componedor, según la doctrina que he podido leer, resuelve.

En el régimen de asociaciones público-privadas, el amigable componedor propone una solución, y son las partes las que determinarán si llegan o no a esa solución.

Entonces, es más, me parece, un mediador, por supuesto, con la anuencia de Mercedes, que es la realmente experta en esta materia, considero que es así.

Entonces, si tenemos la conciliación, como ya se ha concebido, que viene a ser la mediación. La conciliación, en nuestro caso, es un facilitador, es un tercero o neutral, por supuesto, es un facilitador de la negociación, es un facilitador de la comunicación. Tiene, además, que tener un perfil determinado; manejar muy bien las técnicas de comunicación, puede sugerir fórmulas conciliatorias, ha sido y es un Marc que está vigente desde hace muchísimo tiempo también; desde inicios de cuando el arbitraje se hizo obligatorio en contratación estatal, también se hizo, se previó, mejor dicho, la conciliación para resolver las controversias en contratación pública.

Sin embargo, a mí me decepciona que este mecanismo que puede ser extraordinariamente eficiente para determinadas materias, definitivamente, de acuerdo a la controversia, estará bien la conciliación o estará bien el arbitraje. Me decepciona que haya tenido poca importancia; las partes no le dan la importancia del caso, la han subestimado.

Muchas veces la han considerado como una barrera de acceso, incluso, a la justicia, que más que propiciar un arreglo, lo que va a hacer es encarecer, porque aun cuando la conciliación es bastante barata en nuestro país, va a encarecer la solución de conflictos, la va a dilatar, entonces, no ha sido acogida como debería ser, y eso que, con la nueva normativa vigente a partir del 2015, se ha tratado de empoderar; la nueva normativa trata de empoderar la conciliación, pero me parece que aún no se pueden ver los éxitos esperados.

Por ejemplo, la conciliación es un mecanismo que se tiene que solicitar ante un centro de conciliación autorizado.

Muy bien. En cuanto a su uso, en contratación estatal, a diferencia del régimen general de la conciliación, es facultativa.

O sea, si la parte considera ir a la conciliación, va a la conciliación, si no, va directamente al arbitraje. El arbitraje sí es obligatorio, la conciliación no lo es.

Bueno, iba a hacer un análisis un poquito más extenso. Me quedan tres minutos y, entonces, para resumir, ¿por qué considero que la conciliación no ha funcionado, a pesar de todo este empoderamiento que le ha dado la nueva normativa.

En cuanto a procedimiento lo hace más laxo, porque siempre el procurador necesita de esta resolución autoritativa de la entidad.

En cuanto a la posibilidad de establecerlo como un mecanismo de modo obligatorio, también lo prevé la nueva normativa.

En cuanto a la posibilidad de conciliar, obliga a que la entidad, ante una conciliación, haga un informe costo-beneficio de recurrir al arbitraje, incluso, que haga el análisis de cuál es el riesgo de no ejecutar normalmente el contrato y, más aún, el riesgo de no alcanzar la finalidad; que se pierda de vista la finalidad, que es, al fin y al cabo, la satisfacción de una necesidad pública.

Para concluir, simplemente considero que para que la conciliación funcione en contratación estatal, no puede ser cualquier conciliador. Tiene que ser un conciliador especializado y bien acreditado con las destrezas y habilidades blandas que también se requiere, pero muy conocedor de la contratación pública. Y, segundo, empoderar a los funcionarios públicos, especialmente, a los procuradores para que realmente puedan transigir con tranquilidad con un control de los organismos de control, acompañando en ese propósito.

No sé si dará más tiempo para después.

Gracias.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Muchas gracias, Mariella.

Yo creo que tú nos has puesto en el espacio de la realidad. Sin embargo, hay que tener muy en cuenta lo siguiente. Cuando Mercedes nos explicaba esta fórmula nueva, nos decía que era ARB-MED-ARB.

Es decir, que ella señalaba una ventaja que me parece impresionante, y es que una vez que se llegó al acuerdo entre las partes, se le da la condición de laudo al acuerdo adoptado. Con lo cual esta conocida preocupación del funcionario público, de ceder y no tomar y que, más bien, un tercero decida, es por eso que tenemos tantos casos que van a arbitraje que nunca debieron haber ido, por este temor natural que tiene el funcionario público, se supera porque este acuerdo al cual llegan las partes, precisamente, porque hablamos de un MED-ARB o un ARB-MED-ARB, se convierta en laudo, y ahí tenemos una ventaja impresionante que ayudaría mucho.

Totalmente de acuerdo contigo, creo, todos nosotros que tiene que ser una persona especializada, etc., etc., y además con estas habilidades naturales de poder ser un buen conciliador, alguien que reconozca los intereses de las partes y descubra por dónde ir.

Muchísimas gracias, Mariella, porque nos has puesto los pies en la tierra, a pesar de que ya estábamos comprando el producto, pero yo creo que

todavía estamos en capacidad de comprarlo y poderlo convertir en realidad en nuestro querido país que tanto lo necesita.

Sin embargo, precisamente, lo que tú estás tocando nos ayuda a hacer la introducción de la presencia de Jackson con nosotros.

A Jackson le preguntábamos por su especialidad y por el campo donde él trabaja que es, precisamente, en el OSCE, si puede señalarnos si hay viabilidad en la aplicación del MED-ARB en la contratación pública, y además que nos comente su opinión, si es que, de repente, necesitamos de alguna modificación en la Ley de Contrataciones del Estado para que esto funcione, o si, de repente, la legislación como está, sólo depende de la voluntad de las partes, de iniciar el arbitraje, darle forma a la mediación, nombrar un mediador, y que, finalmente, este acuerdo se convierta en un laudo.

Jackson, por favor, tienes la palabra. Lamentablemente, sólo por diez minutos, pero así es nuestro tiempo en los congresos. En esta novedad de este extraordinario congreso.

Adelante, Jackson, por favor.

**Jackson Gallardo Aguilar:** Bien, César. Muchas gracias por la oportunidad. Gracias al centro por la invitación que se me extiende para poder conversar sobre este importante y novedoso en el país, mecanismo híbrido de solución de controversias.

Algunas consideraciones. Voy a hablar en esta oportunidad o compartir algunas ideas y formularé quizás algunas interrogantes, a efectos de identificar muchos posibles puntos que deben ser considerados para que, finalmente, evaluemos o determinemos la conveniencia o no de incorporar en la contratación pública el uso del MED-ARB. Me voy a referir al MED-ARB.

En la doctrina, se diferencia dos tipos de MED-ARB. El MED-ARB *same* y el MED-ARB *diff*. El *same*, donde precisamente, el tercero actúa

como mediador y, posteriormente, como árbitro, y el *diff*, donde, efectivamente, existiendo primero un procedimiento de mediación, a continuación un procedimiento de arbitraje, son profesionales distintos los encargados de dirigir cada uno de estos procedimientos.

Con relación al primero, al MED-ARB *same*, ya Mercedes ha colocado en la palestra la problemática o el inconveniente mayor que tendría que ser sorteado a efectos de incorporar en la contratación pública este mecanismo de solución de controversias.

Recordaremos que la Ley de Contrataciones del Estado, el reglamento de la Ley de Contrataciones claramente señala que los árbitros deben ser independientes e imparciales.

Y esto va de la mano con el derecho al juez natural aplicado al arbitraje, que, como bien sabemos, forma parte del debido proceso de raigambre constitucional.

La pregunta es si la misma persona que está actuando como mediadora, obviamente, va a involucrarse con las partes, puede tener que, efectivamente, pueda nacer una empatía de manera consciente o inconsciente, ¿cumplirá o tendrá la característica necesaria para entrar de manera imparcial a un arbitraje?

Primer gran cuestionamiento.

Recordemos que, finalmente, los mediadores y los árbitros son personas, son hombres y/o este riesgo es totalmente necesario de prever.

Segundo punto. Las partes, y que lo considero también como un inconveniente a evaluar, las partes saben que el mediador en un futuro puede convertirse en un árbitro, como bien Carlos señalaba, las partes son, finalmente, quienes van a decidir si la controversia se soluciona o no en el ámbito de la mediación.

Es posible, existe un alto riesgo de que las partes guarden cierta información relevante, precisamente, porque saben que esa información podría

ser utilizada en un futuro por el mediador convertido ahora en árbitro, y esto va de la mano con el tercer inconveniente que pongo en la mesa.

¿Es posible que el árbitro, que antes fue mediador, pueda utilizar esa información relevante que obtuvo durante la mediación, precisamente, para fundamentar su laudo?

En otras palabras, ¿es posible que con esos sesgos de información que ya posee, en atención a la función de mediador que llevó a cabo, pueda inclinar la interpretación normativa en determinado sentido o tener estos criterios en consideración para elegir la norma aplicable al caso y resolver en derecho como exige la normativa de contrataciones del Estado?

En ese sentido, quizás podríamos pensar que este inconveniente que estamos resaltando, podría ser superado incorporando en la norma de contrataciones del Estado, una disposición similar a la que toco en este momento: está prohibido que el árbitro que antes fue mediador funde el laudo en argumentos, tomando en consideración la información confidencial que obtuvo en una mediación.

Sin embargo, sabemos que, si tenemos esta norma, es posible que el árbitro, de una manera, pueda fundamentar su laudo en ese sentido.

La pregunta es ¿estamos abriendo una nueva puerta de anulación de laudo a las partes para que soliciten ese tema al Poder Judicial?

Y segunda pregunta, el Poder Judicial, al advertir que hay una transgresión a la normativa de contrataciones del Estado, ¿tendrá que aplicar la causal específica de anulación contenida en el numeral 45.22 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado?

Pero, para analizar si, efectivamente, argumentó utilizando información de la mediación, pregunta: ¿no tendrá que revisar los criterios, las motivaciones que el árbitro está exponiendo en el laudo?

Y eso nos lleva inmediatamente a recordar el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, donde expresamente se prohíbe a los jueces entrar a verificar las motivaciones, interpretaciones, criterios que los árbitros utilizaron al momento de laudar. Vemos este inconveniente.

En ese sentido, advertimos que el MED-ARB *same* podría tener cierta reticencia en su uso en el marco de la contratación pública.

Entonces, pasamos a revisar la otra vertiente o el otro tipo que hemos identificado de MED-ARB; me refiero al MED-ARB *diff*, donde diferentes personas se hacen cargo de la mediación y luego del arbitraje.

Y aquí planteo algunas preguntas. La primera de ellas, ¿hasta qué punto una entidad pública está facultada para negociar en el marco de una mediación?

Esta pregunta tiene que ser analizada desde el punto de vista contenido en la misma normativa de contrataciones que establece el marco, los alcances en que los funcionarios públicos pueden pactar modificaciones al contrato; y sabemos que ésta no es tan amplia.

Segunda pregunta, ¿qué calidad tendrán los acuerdos tomados en el ámbito de la mediación?

Sabemos que en la normativa peruana existe una norma expresa que regula la conciliación, entendiéndose que en la conciliación el tercero, además de acercar a las partes, papel que también cumple el mediador, tiene la oportunidad de formular propuestas con el plus de que los acuerdos tomados por las partes en una conciliación, pueden quedar plasmados en un acta que tiene calidad de título ejecutivo; por lo tanto, el cumplimiento de esos acuerdos está coercitivamente amparado y protegido.

La pregunta es, ¿esa misma cobertura tiene o tendrían los acuerdos tomados en el ámbito de una mediación?

Y, en línea con lo señalado, ¿qué pasaría si una parte no cumple con un acuerdo tomado en el ámbito de la mediación? ¿Tendría que utilizarse el arbitraje para exigir su cumplimiento? ¿O tendríamos que transitar en un procedimiento que nos lleve primero otra vez a llevar una conciliación y luego un arbitraje, dado que el MED-ARB habría sido el mecanismo de solución de controversias pactado por las partes para solucionar estos problemas?

O, quizá sea necesario que en la normativa de contrataciones del Estado se establezca alguna disposición similar a la que se ha plasmado para las decisiones vinculantes, permite la junta de resolución de disputas donde expresamente se ha señalado que el cumplimiento de una decisión vinculante es una obligación esencial de las partes, y aquella parte que no la cumple, pues, tiene como Espada de Damocles, la posibilidad de que la parte fiel, precisamente, resuelva el contrato.

¿Tendremos que aplicar una norma de esa naturaleza?

Finalmente, nos preguntamos ¿este modelo MED-ARB *diff* no es realmente una cláusula escalonada? Y tomo las palabras que Mercedes ya nos adelantaba en su intervención.

Y este mecanismo de cláusula escalonada ¿no sería lo mismo que ya tenemos en el país? Es decir, ¿el uso de una conciliación de manera previa a un arbitraje a cargo de diferentes personas, una que actúa como conciliador y una distinta que actúa como árbitro?

Muy bien. Nos queda claro, como conclusiones, que la posibilidad real de aplicar el MED-ARB como mecanismo alternativo de solución de controversias, merece una reflexión mucho más profunda. Y me atrevería quizá a compartir, como idea personal, que su incorporación podría ser eficiente para contratos de bienes, servicios y consultoría y no creo en el contrato de obras, porque la junta de resolución de disputas constituiría el medio idóneo y, además, como un mecanismo adicional a los tres que ya existen.

No me atrevería a retirar a la conciliación ni al arbitraje, y su incorporación podría ser entendida como el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad y la posibilidad de manejar el conflicto con más amplias herramientas, de acuerdo a la naturaleza del contrato y de la gestión de controversias que las partes estimen pertinente.

He querido ajustarme al tiempo, éstas son algunas ideas que he querido compartir.

Muchas gracias, César.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Muy bien, muchas gracias, Jackson.

Nos has generado un conjunto de reflexiones que, como tú bien señalas, son el punto de partida porque, evidentemente, hoy es la primera vez que tratamos sobre este nuevo camino, este nuevo espacio.

Había varias respuestas que dar a lo que has ido señalando y, de repente, ir direccionando el tema frente a lo que tú has señalado.

A mí me toca ser moderador, pero me dan ganas de responder, pero no me toca hacerlo ahora. Ya habría un momento, de repente, al final.

Yo quisiera ahora, más bien, aprovechando el poco tiempo que tenemos, poder presentar a la siguiente persona o experto que nos va a acompañar, que, en este caso, nos está vinculando, precisamente, a este personaje o a esta venia de las partes, que es la parte estatal.

Se trata, precisamente, de los aspectos relevantes que tiene la normativa en la defensa jurídica del Estado, donde se percibe, precisamente, en la defensa jurídica del Estado, hoy día lo que es la mediación y lo que es el arbitraje.

Y esta defensa jurídica cada vez se va especializando más, yo diría producto de todo el campo que estamos hoy día desarrollando.

Hoy día todos sabemos que hay un procurador especializado, que hay toda una particular preocupación del Estado, que lleva, pues, más de mil procesos o más aún. Ayer nos comentaba David Ortiz del Ministerio de Transportes, que eran más de tres mil los casos de arbitraje que hoy día están en proceso en nuestro país.

Entonces, la pregunta que dejaríamos a nuestro querido Martín, es que desde el ámbito de la normativa de la defensa jurídica del Estado, cómo se perciben los aspectos de la mediación y del arbitraje y, particularmente, si nos pudiera precisar cómo los procuradores públicos contarían o no con facultades. Justamente, lo que preguntaba hace un momento el propio Jackson para acudir al MED-ARB y colaborar en su funcionamiento.

Estas preguntas y otras dudas más que, evidentemente, no se van a cerrar el día de hoy. Hoy abrimos un espacio nuevo que nos parece extraordinario, porque siempre buscar caminos nuevos para soluciones nuevas, sobre todo eficientes, rápidas y no costosas, porque necesitamos paz en el Perú y que las obras públicas se acaben a tiempo, que es lo que la JRD ha logrado o podría lograr, y también esta modalidad, por qué no, pensando en opciones distintas.

Bien, sin más, voy a dejar en la palabra a Martín Mijichich, quien, precisamente, desde el ámbito desde donde él se desarrolla, nos contará su experiencia en las preguntas que le hemos dejado.

Adelante, Martín, tienes diez minutos.

**Martín Mijichich Loli:** Buenas noches, mi querido César. Primero que nada, agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica del Perú, agradecer este espacio, saludar a la mesa que hoy nos acompaña.

Honrado de que un profesional como tú, con la experiencia y la trayectoria que tienes en estos temas, nos pueda dirigir, y eso me enorgullece y, además, me hace sentir muy bien, porque una de las cuestiones, ya para

entrar en el tema de lleno, es un poco desestigmatizar la figura del procurador público.

Mariella hablaba hace rato de algunos esfuerzos que se vienen haciendo desde la normativa, la nueva normativa del sistema de defensa jurídica del Estado para poder impulsar estos mecanismos que, llámese como se les llame en concreto, tienen por objeto impedir que el Estado, específicamente, pueda ingresar a este terreno medio escabroso que es el proceso judicial.

Todos sabemos, y para nadie es una novedad que los procesos judiciales están saturados, que no es necesariamente un mecanismo muy idóneo para resolver las controversias que tienen dos personas.

Y, más aún, cuando una de ellas es el Estado. El Estado, que es un aparato gigantesco que, además, tiene una serie de posibilidades de poderse defender, pero, sin embargo, también una serie de trabas al momento de ejercer su defensa.

Entonces, es ahí donde la figura del procurador tiene que jugar un papel importante. Desde el año 2008 y antes del año 2008, teníamos una normativa del sistema de defensa jurídica del Estado, que se institucionalizó a partir de un gobierno dictatorial, inclusive en el año 1969, y estamos hablando de un Decreto Ley n.º 17537, en donde te imponían que el procurador público debería de recurrir a todos los mecanismos que sean posibles hasta llegar al final. Inclusive, en esa norma se amenazaba con una sanción al procurador público que no lleve el proceso hasta la Corte Suprema.

Esto fue muy debatido en su momento, pero, sin embargo, quedó ahí, y no fue sino hasta casi la década pasada que esto pudo revertirse.

Luego, en el año 2009, específicamente, entra una nueva normativa que crea un sistema, y a partir del año 2019 y ya ahora el 2020, tenemos una normativa que, como bien se ha dicho, quiere romper paradigmas de actuación de procuradores públicos, y romper paradigmas implica que los procuradores públicos vean la solución de poder llegar a una conciliación,

a algún entendimiento con la parte para poder generar mejores condiciones en el proceso, y esto, a su vez, traiga consecuencias, ahorro de recursos, porque tenemos que acordarnos que los recursos del Estado son absolutamente de todos; ahorro de tiempo, ahorro de carga procesal.

Y es por ello que, en la norma procesal, se ha incidido mucho en este tema.

Yo recuerdo que, en el año 2019, en el plan nacional de competitividad que sale, hacen una llamada de atención muy importante a los procesos judiciales, y se establece allí que los procesos judiciales serían una traba que impide una eficiente competitividad del Estado.

Entonces, todas estas condiciones nos llevaron a poder dar pie en la nueva normativa a que el procurador se sienta protegido, llámenle así, para poder iniciar un entendimiento con la otra parte.

Estas nuevas condiciones, además, implican que el procurador público tenga un desenvolvimiento mucho más amplio. Y por qué mucho más amplio, porque todos concebimos la figura del procurador público como el litigante nato, el que lleva el proceso hasta las últimas consecuencias, y eso no es así.

No es así porque como en la nueva normativa hay muchos procuradores que ya tienen claro el tema de poder llegar a mecanismos que nos puedan facilitar las condiciones del litigio.

Esto queda absolutamente claro y, además, tiene que ver también con lo que la norma le propone. Desgraciadamente, y como bien lo decía, se decía anteriormente, no hay forma todavía de que el procurador público pueda asumir esta responsabilidad solo. Desgraciadamente necesita de una resolución que lo autorice, toda vez que el recurso no es manejado por el titular de la entidad.

Entonces, el titular de la entidad, quien maneja los recursos y quien tiene la responsabilidad de los mismos, tiene que hacer una suerte de dis-

posición, tiene que viabilizar la disposición, para que el procurador pueda asumir.

Y es por ello que se le da la posibilidad al procurador de que pueda elevar informes correspondientes para llegar a estos mecanismos.

Entonces, en consecuencia, yo creo que lo que nos toca como sistema de defensa jurídica del Estado, lo que nos toca como parte del sistema, lo que nos toca como procuradores también, es ganarnos poco a poco esa confianza y poder, de repente, mañana más tarde, variar nuevamente la normativa y que esta capacidad de decisión quede en el procurador público, ya no tenga que trasladarse al titular de la entidad.

Eso consideramos que sería idóneo, porque es el procurador quien tiene el conocimiento del litigio.

Nosotros ya hemos dado un gran paso con el tema de la junta de resolución de disputas, porque ahí, aun cuando era una figura novedosa, y ante justamente, una consulta que nos hace el Centro de Análisis de la Católica es que nosotros consideramos que la norma en el sistema sí posibilita que sea el procurador público el que pueda intervenir.

Tener un nivel de intervención básico, elemental y de apoyo siempre a la entidad, porque eso es lo que nos toca como operadores del sistema.

Finalmente, y como mensaje final, yo quiero dejar claro que el trabajo de los procuradores públicos es eminentemente técnico.

Muchas veces nos va a tocar impugnar porque hay algo que no está bien y es parte de la profesión, es parte del ejercicio, pero también tengan por seguro que estamos cambiando el sistema, que estamos mejorando los procedimientos.

Esto nos va a tomar un poco de tiempo, pero no vamos a claudicar en que ello se haga en un futuro no muy lejano. Venimos trabajando en una institución como la Procuraduría General del Estado, y nuestro objetivo

es dinamizar todo aquello que supone una intervención del Estado en un conflicto.

Es por eso que mi presencia acá parte a raíz de ello. Yo quiero agradecer nuevamente, César, esta invitación al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, y a todos los panelistas por haberme atendido este momento, y a las personas que están también escuchando esta conferencia, mis felicitaciones y mis saludos por estar hasta esta hora siendo parte de esta simpática ponencia.

Muchas gracias.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Muchísimas gracias, Martín.

Más bien, ahora nos queda muy poco tiempo. El programa, normalmente, debiera terminar a las nueve de la noche.

Les pedimos, tal vez, algunos minutos y tenemos algunas preguntas para ustedes, de forma tal que podamos seguir dialogando.

Yo creo que lo que se ha hecho hoy día es abrir un espacio. Abrir un espacio nuevo, creativo. Yo creo que lo creativo nos mantiene jóvenes a todos. Lo creativo nos mantiene frente a una disposición de mirar novedades que permitan, precisamente, solucionar los conflictos, gestionar los conflictos de una manera más adecuada, más aún, en estos tiempos, buscando como bien tú señalas, Martín, el ahorro de tiempo, el ahorro de dinero y, sobre todo, que las obras culminen a tiempo, que es lo que cada sociedad quiere, y es lo que JRD está logando, de alguna manera, y por qué no una mediación bien llevada puede conducir a ello.

Entonces, si tuviéramos alguna pregunta, yo quisiera tener esta posibilidad.

Estoy buscando en el chat que nos han enviado, algunas preguntas que se han presentado. No es fácil llevarlas inmediatamente al camino.

Aquí nos gusta mucho las preguntas que empiezan a llegar.

Un mediador y un conciliador, nos dice Fernando Olivares, como indican, han intentado que las partes lleguen a un acuerdo, y en ese esfuerzo han expresado ciertos pareceres respecto a la situación, a fin de acercar las posiciones de las partes. Esas expresiones serán insumos para que la parte vencida en el arbitraje cuestione el laudo, sea aduciendo que tenía una opinión adelantada a favor de la parte ganadora, o porque habiendo expresado una posición cercana a la parte vencida, ahora resulta en contra. Por ello, coincido en que una misma persona no debería cumplir ambos roles.

Es una opinión de Fernando Olivares, que yo creo que coincide también con las buenas observaciones que hacía Jackson y también con lo que mencionaba inicialmente nuestra querida amiga española, cuando ella nos señalaba que no era común, digamos, que el propio mediador pueda ser mañana el árbitro, precisamente, por esa referencia.

No sé si algún comentario adicional a lo que ha comentado Fernando sobre esto, aparte de alguno de ustedes.

Tienen la palabra. El que desee hacer uso de ella, encantado.

**Mercedes Tarrazón:** A mí me gustaría, César, si es posible.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Por supuesto. Para eso estamos. Desde Barcelona. Encantado.

**Mercedes Tarrazón:** Como sé que el tiempo es corto, han leído, precisamente, del comentario que les sale en las preguntas, les dejo ahí una reflexión que ya he compartido en otras ocasiones cuando me han invitado a hablar en Perú sobre el tema de mediación.

Consideren separar la conciliación de la mediación; diferenciarlas y entender, si en el momento de legislar algo así como están considerándolo, y entender que el rol del mediador, de la mediadora, no comporta la proposición de soluciones.

Esto les va a simplificar mucho porque la mejor gestión del conflicto es la prevención.

Entonces, si todos sabemos que el hecho de que una persona haya manifestado cómo va el asunto, va a teñir después cualquier decisión que pudiera, o sea, que eso después pasara en sede de arbitraje, y están considerando nuevas figuras, sepárenlo ya directamente.

No me quiero extender ahora, porque habrá otras preguntas y sé que el tiempo es corto, pero quizá habrá ocasión en otro momento, pero un mediador puede ayudar mucho a las partes sin llegar a hacer propuestas.

Y el hecho de que eso ya quede prohibido como tal, y que no forme parte de las expectativas de las partes, le daría una fuerza superior al procedimiento.

No me quiero extender, habría para mucho más, pero lo dejo ahí.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** No, al contrario, Mercedes, yo creo que nosotros los peruanos que estamos aquí, encantados de escucharte. Y si quieres tener un par de minutos más para hablar sobre este tema tan importante, en el cual nos estás introduciendo, porque nos haces una reflexión, pero la diferencia entre mediación y conciliación que no la tenemos en el Perú tan clara, y que nos recomiendas qué hacer para que, precisamente, no se produzca esta situación que Jackson bien planteaba en su reflexión.

Si quisieras algo añadir, encantados, creo todos nosotros. Todos miramos con entusiasmo tus reflexiones. Por favor, Mercedes.

**Mercedes Tarrazón:** Muchísimas gracias por vuestra generosidad.

Entonces, vamos a ver, no es un tema que ocurra en Perú. Es decir, no hay una definición única de conciliación y una definición única de mediación. Cuando a mí me designan mediadora o conciliadora en un procedimiento, sobre todo en el contexto internacional, siempre pido a las partes,

cuando estoy preparando el procedimiento, es decir qué esperan ustedes, cómo entienden ustedes el rol que yo he de llevar a cabo.

Entonces, el quid de la cuestión es si esa persona va a proponer soluciones o no.

Yo siempre desincentivo esa función porque sé que eso va a teñir totalmente mi actuación y la actuación de las partes.

Entonces, como que hay que construir con lo que ya se tiene, si existe este rol de conciliación que está regulado, yo he podido ver un poco la legislación peruana, evidentemente, hablo bajo el control de todos ustedes, donde parece ser que en el reglamento se desarrolla la ley, sí que se da al conciliador o la conciliadora esa posibilidad de propuestas, creen una nueva figura, que sea la mediación, donde el rol no sea, comporte claramente el no proponerlo, porque esto va a dar pleno juego a la mediación. Es decir, al procedimiento autocompositivo.

Esto va a permitir que las partes se abran, bueno, hay mucho, mucho que hacer por parte del tercero neutral, porque es así porque no es fácil, pero que las partes se abran en las sesiones privadas, que compartan, que puedan ver si ahí realmente construir y ayudar a las partes a construir un acuerdo.

Entonces, esto, además, complementa que después la mediación, si no ha habido acuerdo parcial, vaya tranquilamente a un arbitraje.

De todos modos, yo insisto. No por ir por el camino que nos creemos que es corto, por un atajo que es falso, lo estropeemos todo.

Dejemos fuera, sobre todo cuando ustedes están considerando una actuación por parte, o sea, con una parte Estado como parte del procedimiento, no estamos hablando de temas de contrataciones con el Estado. Dejemos fuera el que el tercero o la tercera que ha ejercido como mediador sea después quien actúe como árbitro, porque esto sólo va a traer problemas, verdad, sólo va a traer problemas.

El MED-ARB o el ARB-MED-ARB que, desde el inicio, desde el inicio se designa a las personas, simplifica mucho después los temas procedimentales, es muy ágil. Ya sabemos si a esto vamos con estas pautas y llegamos a un acuerdo, abrimos lo siguiente.

Que me da apuro dejar a los otros panelistas que tienen todos seguro muchos que aportar, dejarles sin tiempo es... es que da para más.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Encantado.

Muchísimas gracias, más bien.

Miren, tenemos varias preguntas. Realmente, esto ha concitado mucho interés de parte de nuestros participantes. Claro, son quinientos los que están participando.

La situación de descartar preguntas es muy difícil, pero yo quisiera preguntarle a los organizadores cuántos minutos más tenemos. Si nos pudiera decir, tal vez, alguno de los organizadores cuántos minutos más tenemos para poder dedicar algunas preguntas y no dejarlas todas en el tintero.

Tal vez diez minutos más ¿si ustedes los panelistas están de acuerdo? Unos diez minutos más, ¿sí? Cosa que podamos continuar con algunas preguntas que realmente están muy interesantes las que yo estoy revisando aquí en el chat, de las que nos han enviado.

Interesa mucho algunas, inclusive, ya direccionadas hacia personas.

A la doctora Guerinoni le pregunta Jorge Pando: ¿Cómo mejorar la visión de la Contraloría para una conciliación viable en las contrataciones del Estado, reduciendo el temor del funcionario público a conciliar?

Adelante, Mariella.

**Pierina Mariella Guerinoni Romero:** Gracias, muchas gracias.

Yo lo que considero es que para contrarrestar esta limitación en la conciliación, porque, además, los procuradores están totalmente autorizados de acuerdo a su marco normativo, a conciliar y a transigir, con lo cual el MED, la mediación, no se puede descartar.

Tenemos el artículo 50 en la Ley de Arbitraje, que nos permite transigir dentro del proceso, y esa transacción es cosa juzgada a título ejecutivo.

Pero, para que realmente funcione, yo no estoy descartando la mediación. Estoy viendo los defectos de la conciliación, y lo que se puede rescatar es que haya un acompañamiento. Este control concurrente en este análisis costo-beneficio. En este análisis de los riesgos, además, de que el contrato no se ejecute oportunamente, y lo que es más grave aún, que no se consiga la finalidad que persigue ese contrato, que es beneficiar o satisfacer una necesidad pública. Ese análisis previo antes, o de conciliar en un centro o ante una mediación, si es que se concibe la mediación dentro de la contratación estatal, es que los dos, que el procurador con apoyo de sus áreas técnicas, y que el representante del organismo de control, ambos en ese momento analicen el costo-beneficio, la ventaja o no de ir a un arbitraje, cuánto representa en costo, cuánto representa en tiempo, y sobre todo lo que ya les dije: la finalidad del contrato, lo que es lo más importante.

Pero, ese control tiene que ser concurrente, como últimamente la Contraloría está aplicando este control concurrente, con lo cual creo que sería una salida.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Gracias, Mariella, aquí Martín ha generado algunas reacciones.

Vamos a escuchar algunas preguntas, Martín, para ti. Alguna muy parecida contestó Mariella. Quisiera una muy puntual que está preguntando nuestra amiga Maritza. ¿Cuál es la norma que permite que el procurador ya no vaya a plantear hasta el último recurso?

Y otra pregunta adicional de José Luis Gálvez: ¿Existen mecanismos, protocolos o procedimientos establecidos para aplicar análisis costo-bene-

ficio en los informes respectivos para motivar a la entidad a optar por la conciliación en contraste con el arbitraje?

Adelante, Martín.

**Martín Mijichich Loli:** Gracias, César.

A ver, en principio, no hay una norma que no autorice a no impugnar.

Lo que pasa es que como señalé al inicio, hubo una norma que duró muchos años, casi cuarenta, y que obligaba al procurador a recurrir las resoluciones judiciales hasta llegar a la Corte Suprema.

Esa norma del año 1969 estuvo vigente, pero cuando entró la nueva normatividad y hoy por hoy, la normatividad del sistema, que es un Decreto Legislativo n.º 1326, deja abierta la posibilidad, como bien lo refería Mariella, de que el procurador pueda conciliar, transigir, incluso, desistirse de resoluciones judiciales, sin ningún problema, toda vez que lo que sí constituye una inconducta funcional dentro del sistema de defensa jurídica del Estado; una inconducta funcional del procurador, es que lo haga que se desista o que no impugne alguna resolución de manera no motivada.

Eso sí constituye una inconducta funcional, y es obvio, porque si un procurador considera que no debe apelar de una resolución, lo único que tiene que hacer es emitir un informe y plasmar las causas por las cuales considera que esa resolución no debe ser impugnada.

Esto pasa por todo un procedimiento interno, pero sí es necesario que el procurador exponga estos fundamentos, y los deje claros en un informe.

Obviamente, el informe tiene que ser antes de que pase el tiempo necesario para impugnar. De otro lado, se podría estar hablando de una omisión.

Entonces, queda siempre la carta libre para que el procurador pueda recurrir a estas condiciones de no impugnar, en la medida en que esto

sea tomado bajo una valoración técnica, jurídica que la norma, además, habilita.

Finalmente, en cuanto a los mecanismos y al procedimiento, como ya se ha dicho también, como lo han mencionado anteriormente, el contexto del concepto costo-beneficio ha sido desarrollado en el reglamento, en el Decreto Supremo n.º 018-2019, el artículo 15, establece específicamente, el 15.7, si mal no recuerdo, establece específicamente qué contextos deben abordarse para poder establecer el adecuado desarrollo del costo-beneficio. Con lo cual, el procurador, cumpliendo en primera línea con estas disposiciones, ya debería de estructurar su informe correspondiente, a efectos de poder llegar a estas soluciones.

De hecho, tenemos todavía una tarea pendiente de Procuraduría General del Estado, para poder emitir lineamientos mucho más claros, primero, que le permitan al procurador acceder a este tipo de situaciones, a este tipo de solución de conflictos lo antes posible, y también que le permita, pues, tener la seguridad de que no va a haber alguna situación posterior en la que pueda incurrir si es que no cumple algún procedimiento.

Yo coincido completamente con Mariella porque sí, efectivamente, tiene que haber un acompañamiento de Procuraduría General del Estado. Estamos trabajando para que esto sea así, para que los procuradores puedan sentirse acompañados por el ente rector, y, de esta manera, poder viabilizar ahora más que nunca, hoy más que nunca, que la pandemia ha golpeado mucho la economía en nuestro país; darle celeridad a todos aquellos procesos en donde intervienen los procuradores públicos y poder someterlos a soluciones inmediatas para así poder avanzar en lo que significa la reestructuración y la reactivación económica.

Gracias, César.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Gracias.

Lamentablemente, el tiempo nos está ganando. Ya los organizadores andan preocupados porque debieron haber terminado a las nueve de la noche.

Solamente, quisiera aprovechar para compartir una afirmación que hace Nel Villanueva.

«Buenas noches», dice. «Es menester hacer notar que el arbitraje también conlleva desventajas, principalmente, su alto costo y los límites a las facultades de los árbitros en contraposición a los poderes coercitivos que puede ejercer el juez, razón por la cual se puede someter a arbitraje cuestiones relativas a derechos reales. Por ejemplo, un juez puede embargar una cuenta bancaria, etc. ¿Cuál sería su postura?», pregunta.

Pero, en realidad, es una opinión general que, lamentablemente ya el tiempo no nos permite, teniendo en cuenta que estaban hablando de contratación pública.

Tenemos así varias otras preocupaciones, como la de Roca de Pinillos, que dice: «La mediación nos conllevaría una muerte lenta del arbitraje». Estaba preocupado por la muerte del arbitraje, y pregunta: «¿Algún procurador desearía concluir sus controversias en mediación, sin temor a algún cuestionamiento de auditoría posterior?»

Me parece que Martín está contento de que no es así, y él nos mencionaba que la nueva legislación como que está protegiendo a los procuradores, cosa que esperamos que así sea.

Y, finalmente, Vladimir nos dice: «¿Qué se debería reforzar en los procesos de mediación y arbitraje para que no se mire como posible arreglo o riesgo de corrupción? Tema que ya hemos tratado el día de ayer, y hoy día ya no vamos a insistir en el mismo.

Mucho más, mucho más. Miguel Rojas: «¿Qué tipo de incentivos creen que debiera considerarse para lidiar con el sempiterno espíritu li-

tigioso de los operadores de las partes, y promover métodos de solución como la mediación?».

Esta pregunta creo que va como para Mariella, como para que, finalmente, Mercedes nos diga alguna palabra final.

Vuelvo a hacer la pregunta que Miguel Rojas nos hace: «¿Qué tipo de incentivos creen que debiera considerarse para lidiar con el sempiterno espíritu litigioso de los operadores de las partes, y promover métodos de solución como la mediación?».

Adelante. Sus últimas palabras para abrir este espacio porque esto es una apertura de espacio realmente.

**Mercedes Tarrazón:** No sé si me toca a mí o a Mariella. ¿A quién le has dado la palabra?

**Pierina Mariella Guerinoni Romero:** No, Mercedes, por favor.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Mercedes.

**Mercedes Tarrazón:** Me van a permitir que termine de una manera un poco distinta de lo que esperarían, pero que realmente la solución es ésta. Es decir, donde está el problema en todos los países, que son muchísimos, no son sólo ustedes en Perú, donde los procedimientos autocompositivos no están funcionando, está en el modo, y lo dice una abogada ejerciente, está en el modo en que la abogacía ve estos procedimientos.

La mayoría de las personas de la abogacía se ha formado mucho en el litigio y un poco en la negociación de la autocomposición, en el momento en que sepamos valorar el valor agregado, como lo llaman ustedes, que tiene la solución eficiente y de calidad; eficiente en el tiempo y de calidad para las partes, y ese acompañamiento a las partes, que es un acompañamiento de calidad por parte de la abogacía, se minute y se cobre honorarios con justicia, y de una manera que sea satisfactoria para la abogacía, cambiará todo.

Inglaterra y Gales tuvieron un *boom* de la mediación por el impulso judicial, pero porque eso implicó un cambio del modelo de negocio de los estudios jurídicos.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Muchas gracias, Mercedes.

Lamentablemente, el tiempo nos gana.

Jackson nos has dejado con una serie de preguntas, con una serie de dudas.

De repente, pensando claramente que mejor el mediador no sea mañana el árbitro, por esos problemas que podría haber realmente, de repente, en la necesidad de esta palabrita tan especial que utilizó Martín y que yo la he subrayado: entendimiento.

El entendimiento en el Perú, que hoy día es tan importante, tan necesario para todos, no solamente en este campo.

Yo no quiero hacer política, pero sería extraordinario que los políticos entendieran y abrieran sus pensamientos en función de un país mejor.

Muy bien, amigos. Muchísimas gracias por habernos acompañado hoy día a cada uno y a cada una de ustedes.

Creo que hemos abierto un nuevo espacio. Creo que los que estamos aquí creemos que es posible que el país camine, no solamente con estos métodos normales de arbitraje, sino también, como señaló muy bien, Mercedes, estos autocompositivos, y adquiramos la capacidad y el poder de decidir sobre nuestros propios problemas, que es el camino para sentirnos mejores, para ser más personas, para ser mejores peruanos y mejores barceloneses.

Gracias, muchísimas gracias a todos ustedes y nos estamos viendo mañana a las seis y media de la tarde, en que iniciamos esta tercera etapa de este congreso virtual tan particular y tan especial para todos nosotros.

Muchísimas gracias a cada uno de ustedes.

**Todos:** Muchísimas gracias, buenas noches. Buenas noches a todos ustedes. Hasta luego. Gracias.

**Claudia:** Gracias a todos. Los esperamos el día de mañana.

## MESA N.º 5: «LOS CONTRATOS EN LOS TIEMPOS DEL COVID-19»

*Alfredo Soria Aguilar* (moderador)

*Rómulo Morales Hervias*

*Elvira Martínez Coco*

*Leysser León Hilario*

*Roxana Jiménez Vargas Machuca*

**Piero Ordóñez:** Buenas tardes con todos los participantes.

Bienvenidos al tercer y último día del XIV Congreso Internacional de Arbitraje + Mediación y JRD, organizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A continuación, tenemos la mesa n.º 5, la cual tiene como tema «Los contratos en los tiempos del covid-19».

El moderador de esta mesa es el doctor Alfredo Soria Aguilar, árbitro docente de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la UPC y de la Universidad de Piura.

En esta mesa tenemos como ponentes al doctor Rómulo Morales Hervias, quien se desempeña como árbitro docente del departamento de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

También se encuentra la doctora Elvira Martínez Coco, socia del Estudio Elvira Martínez Coco y Abogados.

Asimismo, se encuentra la doctora Roxana Jiménez Vargas Machuca, quien se desempeña como árbitro y es consultora independiente.

Del mismo modo, se encuentra el doctor Leysser León Hilario, consultor de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (PPU).

El moderador indicará a cada ponente el tiempo que le corresponde, siendo la coordinación técnica quien se encargará de controlar esto.

Finalmente, les recordamos que las preguntas se realizarán exclusivamente a través del ícono preguntas y respuestas, que encontrarán en la parte inferior de la pantalla.

Le damos la palabra al doctor Alfredo Soria.

**Alfredo Soria Aguilar:** Buenas noches. Muchas gracias por la invitación. Es un verdadero honor compartir la mesa de este tan interesante tema con tan distinguidos profesionales y árbitros también, de un tema que, seguramente, va a traer muchos. Ya están surgiendo los casos como consecuencia del covid, y no solamente es el covid en sí mismo, sino también el aislamiento social obligatorio. Son dos aspectos que podrían ser analizados de manera distinta, como supuestos que, eventualmente, pudieran afectar el cumplimiento normal de un contrato. Y hay que tener en cuenta ahí que, si bien es cierto, el evento existe y es conocido, no necesariamente es justificante de muchas consecuencias que, eventualmente, puedan pensarse.

Hay que ver el caso concreto, por ejemplo, si es que, de alguna manera, el evento ha obstaculizado o ha impedido el cumplimiento de la prestación que no es para todos los contratos.

A veces se piensa que porque existe el evento ya existe una justificación para incumplir, y eso no es así.

Dependiendo del caso concreto podría ser que pueda haber algún tipo de obstáculo en el cumplimiento de la prestación, si fue temporal o si ha sido definitivo. Será algo que se analizará en el caso concreto.

O, por ejemplo, si es que esta situación que se ha presentado a nivel internacional genera o no un desbalance entre las prestaciones, o si, eventualmente, suspende algunos plazos que venían corriendo.

Entonces, son temas muy interesantes que no voy a desarrollar yo, porque tenemos excelentes panelistas, ponentes en esta mesa y voy a describir los temas, que son «Excesiva onerosidad de la prestación en los tiempos del covid-19», lo va a desarrollar el profesor Rómulo Morales; la doctora Elvira Martínez Coco, nos va a hablar acerca del «Incumplimiento de los contratos con el Estado a raíz del covid»; la doctora Roxana Jiménez Vargas Machuca va a conversar acerca de «La suspensión o no de los plazos de caducidad a raíz del covid-19»; y el profesor Leysser León nos va a conversar acerca de «Las soluciones adoptadas antes del impacto del covid en el extranjero y su posible aplicación a la realidad peruana».

Entonces, como se dan cuenta, son varios temas de los muchos que están generando esta situación, así que sin más preámbulo, vamos a darle el uso de la palabra al profesor Rómulo Morales, para que inicie su ponencia.

**Rómulo Morales Hervias:** Sí, muchas gracias, Alfredo, por el pase.

Quiero agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y a mis colegas que están en la mesa.

Bueno, el tema de la excesiva onerosidad de la prestación es un tema que se ha planteado como una solución a aquellos contratos que tienen la dificultad del cumplimiento, a propósito de emergencia sanitaria.

Ha habido muchos pronunciamientos por parte de la doctrina, y no solamente nacional, también extranjera, si es o no viable la aplicación de este instituto de la excesiva onerosidad de la prestación.

Voy a analizar en dos puntos, básicamente, mi tema de análisis si es o no viable la excesiva onerosidad de la prestación frente a esta situación de emergencia sanitaria.

Hay que recordar que la excesiva onerosidad de la prestación es un instituto que se aplica cuando hay un desequilibrio económico.

Ustedes saben que en materia contractual puede haber muchos desequilibrios que no se reducen a lo económico, sino a un desequilibrio en las situaciones jurídicas subjetivas, es decir, en los efectos jurídicos. O sea, desde un inicio del contrato, nace supuestamente equilibrado, pero por situaciones sobrevinientes, pueden surgir situaciones jurídicas que hagan que una parte esté en una posición subjetiva de desventaja frente a la otra.

No estamos en esa hipótesis, estamos en otra hipótesis distinta.

Tampoco estamos en la hipótesis del desequilibrio desde el punto de vista del *status*, es decir, cuando como consecuencia de un evento sobreviniente, una parte contractual se convierte en una parte vulnerable. Puede suceder, por ejemplo, en contratos donde una parte pierde el trabajo, por ejemplo, o una empresa quiebra, entonces, su situación, pues, ha variado, pero desde el punto de vista de su *status* se convierte en una parte vulnerable.

El legislador peruano, cuando regula la excesiva onerosidad de la prestación, toma el modelo italiano. El modelo italiano prevé, para que se produzca un desequilibrio económico, tiene que existir un evento extraordinario e imprevisible.

Estos presupuestos para que se aplique la excesiva onerosidad de la prestación no convierte al evento sobreviniente en una situación de imposibilidad, sino que el deudor puede ejecutar la prestación, pero le es más dificultoso ejecutar la prestación.

Entonces, el problema no es como se ha visto; es un problema de imposibilidad sobreviniente. Y se ha dicho que el caso fortuito es un presupuesto de excesiva onerosidad de la prestación, porque en la excesiva onerosidad de la prestación no se aplica el presupuesto de la irresistibilidad, que es el presupuesto del caso fortuito.

En la excesiva onerosidad de la prestación las partes pueden ejecutar sus prestaciones. Lo que sucede es que para una le es más costoso o va a recibir menos de lo que pensaba recibir.

No hay que olvidar que estamos frente a contratos con prestaciones recíprocas donde las ventajas y los sacrificios han sido establecidos por las partes, y, en ese sentido, una situación o un evento extraordinario e imprevisible no es que cambia la situación de la prestación en sí; la prestación se puede ejecutar. Lo que sucede es que este evento es exterior a las partes.

Ninguna de las partes ha contribuido a que se produzca este evento extraordinario imprevisible. Y, por lo tanto, es un tema que tiene que ser regulado externamente, salvo que las partes hayan establecido algún remedio contractual.

En Italia, cuando sucede esta situación extraordinaria e imprevisible, la parte perjudicada tiene el remedio contractual de la resolución del contrato; es un remedio extremo, un remedio que no se inspira en el principio de la conservación de un contrato, sino se inspira en un desequilibrio, diríamos, una justicia contractual, en principio hay una justicia contractual que, para una parte, si bien es cierto es posible ejecutar la prestación, pero le va a ser más costoso o va a recibir menos en la ejecución de la prestación.

Entonces, se produce un desequilibrio económico; no un desequilibrio en las situaciones subjetivas, no un desequilibrio. En los *status* no pasa eso.

Ahora, se ha escuchado voces, no solamente en el Perú, sino en Sudamérica, que una solución sería invocar el deber de renegociar los contratos, a propósito de la cláusula general de la buena fe.

La pregunta es ¿existe un deber de renegociación frente a una situación prevista expresamente en el Código como excesiva onerosidad de la prestación?

En mi opinión, no. Porque el remedio que regula el legislador peruano, es el remedio del reajuste equitativo, no la resolución, como dicen los

italianos porque, justamente, el reajuste equitativo depende, justamente, de la parte que considera que, si ejecuta la prestación, le va a ser perjudicial. Y es por eso que en base al principio de la conservación del contrato, el ordenamiento peruano le da este remedio de un reajuste equitativo.

Más o menos parecido, pero con diferentes presupuestos como la base del negocio jurídico que está regulado en el Código alemán a partir del 2001, con la Ley de Armonización de las Obligaciones.

Pero, ¿cuál es el problema en el Perú? Que este remedio no ha funcionado en la práctica.

Yo, como, cuando ha habido casos en contratos de concesión de excesiva onerosidad de la prestación, de una situación de desequilibrio económico, si planteaba este remedio a la contraparte, la contraparte, se le servía el plato diciendo que tenía la posibilidad de pedir la resolución del contrato.

Yo estuve en un caso, por ejemplo, de arbitraje, un caso profesional, donde nuestro cliente era ya un concesionario que había ya construido una obra pública y quería recibir una contraprestación, pero si aplicaba esta prestación de acuerdo al valor de cambio del dólar americano, iba a recibir menos.

Si el concesionario hubiese planteado como demanda, el reajuste equitativo, ¿el concedente qué hubiese dicho? Resolución de contrato.

Entonces, el legislador peruano ha bloqueado la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación. Por lo menos, no conozco un caso judicial o arbitral donde se haya aplicado efectivamente porque en el ejemplo que les he colocado, el concedente no se va a poner en la situación de la contraparte del concesionario. Qué pena, el concesionario va a recibir menos, entonces, yo, bueno le voy a hacer caso.

No, porque, al final, por más que sea que el contrato, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional, en la última sentencia, sobre esta ley que

suspendió el peaje, el contrato de concesión en una armonía e intereses comunes, dice.

De manera ingenua, el Tribunal Constitucional cree que cuando se da una situación como ésta, creen que las partes se van a poner la mano al pecho y al corazón diciendo: «Sí, pues, qué pena, te estás perjudicando, entonces, yo voy a hacerte caso».

Pero, eso no pasa en la realidad porque, finalmente, los contratos, si bien es cierto, lo que se busca es la colaboración, más aún en el contrato de concesión, pero las más de las veces, uno busca cautelar sus propios intereses. Y es por eso que no ha funcionado en el Perú la excesiva onerosidad de la prestación porque se bloquea con la posibilidad de que la contraparte formule la resolución del contrato.

Ahora, sobre el deber de renegociación, yo considero también que es una ingenuidad invocar este deber y decir: «No, hay que renegociar por la buena fe». No, el deber de renegociación es verdad que es un remedio que propone todos los proyectos de armonización, pero es un remedio que funciona de manera obligatoria.

Pero, en el Perú uno puede deducirlo de la cláusula general de la buena fe, diciendo «el deber de renegociación nace de las reglas de la buena fe, por lo tanto, las partes están obligadas a renegociar». Pero la renegociación, finalmente, uno puede renegociar, pero si tienen interés de no modificar el contrato, no lo van a hacer.

Entonces, es una ingenuidad esta propuesta, no sólo nacional, sino extranjera.

He leído alguna doctrina extranjera que dice: «Bueno, pues, las partes tienen que ponerse la mano al pecho, tienen que ser solidarias. Estamos en una situación de pandemia, los valores han cambiado. Ya no es el egoísmo sino la solidaridad».

Bueno, doctores, a la hora de la hora, las partes contractuales van a cautelar sus intereses. Entonces, uno no puede esperar que renegociando el contrato se va a llegar a una solución justa para ambas partes.

Creo bien que el legislador hizo bien en establecer reajuste equitativo. El error que cometió el legislador del 1984, fue otorgarle la resolución a la contraparte. Lo mismo comete el legislador del 1984 con la lesión. La lesión enorme, igual. Comete el error porque en la lesión enorme, para pedir la rescisión, pues la pide la parte que está lesionada y la contraparte pide el reajuste equitativo.

¿No es más adecuado que la parte que ha sido lesionada en el contrato, ella sea la que elija los remedios: o la rescisión o el reajuste equitativo?

Lo mismo hubiese sido en la excesiva onerosidad de la prestación. La parte perjudicada, es ella la que debería elegir: o resuelve el contrato porque le es dificultoso cumplir, no es que no pueda cumplir, lo puede hacer, pero se va a perjudicar económicamente. Y, si no le conviene el reajuste, pues, pide la resolución del contrato.

Ésa debió ser la solución del legislador de 1984, y no la que apareció hoy. He ahí las dificultades.

Ahora bien, otro argumento que sí, y con esto termino porque creo que estoy con el tiempo, otro argumento que lo he visto en doctrina, en este caso, los profesores chilenos Iñigo y La Masa, Gastmury y Álvaro Vidal Olivares, hablan de un deber de diligencia promotora, es decir, frente a una situación de irresistibilidad, las partes tienen un deber de resistir la situación sobreviniente.

Pero, este deber, si podríamos hablar de un deber de diligencia promotora, de resistir frente a un evento sobreviniente, que hace imposible ejecutar la prestación, es muy discutible también, pero, sin duda, no se puede aplicar la excesiva onerosidad de la prestación, como diciendo que la parte que está perjudicada económicamente, y tiene que resistir hasta donde pueda.

Repito, la irresistibilidad no es un presupuesto de la excesiva onerosidad de la prestación. Por lo tanto, la conclusión sería que la excesiva onerosidad de la prestación no es un remedio contractual adecuado, ni durante la etapa de la emergencia sanitaria, ni antes, ni después.

Es un remedio que es impracticable porque, finalmente, se le da a la contraparte la posibilidad de resolver el contrato, justamente, en estos contratos de ejecución duradera. Lo que se busca es, pues, que las prestaciones se sigan ejecutando por un tiempo determinado.

Si le das a una parte la posibilidad de cortar el contrato, evidentemente, este remedio no va a cumplir la finalidad que, básicamente, es una finalidad o el principio que justifica ésta, la excesiva onerosidad de la prestación, es la justicia contractual. Pero, tal como está regulada la figura en nuestro Código Civil peruano, no cumple éste o no se vale, no se justifica en base a este principio de la justicia contractual.

Muchas gracias.

**Alfredo Soria Aguilar:** Muchas gracias, doctor Morales. Muy claro, como siempre.

Bueno, y también habría que preguntar si le adelanto una pregunta para que vaya pensando, si es que en verdad existe un desequilibrio entre las prestaciones porque exista, de repente, dificultad para el cumplimiento; hay muchas personas que, de repente, no han podido desarrollar su actividad, pero las prestaciones siguen siendo exactamente las mismas. El valor, de repente, en el costo de un arrendamiento, de una prestación de servicios, de repente no ha variado. Eso lo dejamos para el final. Le voy adelantando eso.

Y así como existen problemas en el ámbito civil y comercial, y el Código no está previsto para una situación de pandemia como ésta, lo mismo ocurre también en el caso de la contratación con el Estado, y por eso tenemos a la doctora Elvira Martínez Coco, quien nos va a hablar acerca del incumplimiento de los contratos con el Estado, a raíz del covid-19.

Adelante, doctora Elvira Martínez Coco.

**Elvira Martínez Coco:** Muchísimas gracias, Alfredo, por la presentación. Gracias a la Pontificia Universidad Católica del Perú, a su Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por esta invitación y por darme la oportunidad de conversar con personas por las que tengo tanto respeto y admiración.

Estar al lado de Rómulo Morales, Leysser León, Roxana Jiménez Vargas Machuca, a su lado, sin duda, es uno de los momentos más gratificantes que puedo tener. Muchas gracias por ello.

Muy bien, vamos a hablar en relación al incumplimiento de los contratos en relación al incumplimiento, muy bien, estamos acá y entonces vamos a ir con nuestra primera diapositiva, y vamos con ella.

Incumplimiento de los contratos en torno del Estado a raíz del covid. Y la primera pregunta que debemos hacernos es, si cabe esperar un aumento de los incumplimientos de contratos con el Estado, a raíz del covid-19.

Y mi impresión es que sí. Ya los hechos lo están diciendo. Estamos recibiendo, incluso, ya arbitrajes que se basan en incumplimientos que están solicitando las partes, sobre todo e inclusive entre privados.

El tema es en qué medida se va a producir ese aumento, y, realmente, si los contratistas, tratándose de los casos con el Estado, tendrán reclamaciones viables o no.

Cuando hablamos de estos incumplimientos, hay que distinguir que los incumplimientos podrían producirse por causas distintas, podrían producirse por el virus o también por otras situaciones.

El impacto del covid-19 no sólo en nuestro país, sino en todos los países del mundo, ha generado una serie de medidas normativas.

Las primeras han sido siempre restrictivas para evitar que el virus se siga propagando, y las actuales están dirigidas a seguirlo conteniendo, pero también a la reconstrucción económica.

Y, dentro de todo esto, los contratistas pueden seguir o podrían tener razones válidas para afirmar que se están causando daños en los contratos o que impacta en los contratos con el Estado el tema del covid.

Y la pregunta que nos debemos formular es ¿cómo puede impactar el covid-19 en estas contrataciones?

Y pueden darse varios tipos de controversias. Las primeras son las controversias por inversiones que han sido impactadas por las medidas adoptadas por los Estados para actuar contra el virus.

Entonces, no hablamos de virus impactando directamente sobre los contratos, sino hablamos de la secuencia lógica de virus-Estado, dictando medidas para controlar este virus y cómo esas medidas impactan en los contratos.

Por ejemplo, la ley que ha suspendido el cobro de peajes durante el estado de emergencia y que el Tribunal Constitucional ya la detuvo en sus efectos, pero pasaron cosas durante ese tiempo. Y pasaron cosas que todavía no sabemos si van a ser o no van a ser objeto de reclamo.

No se necesita ser una bruja ni parecerlo, para saber que la respuesta es positiva.

Sin ninguna duda van a hacer reclamos. No sé de qué magnitud porque depende, pues, de cuántos daños, se le haya ocasionado o no a una empresa para ver si eso va a dar o no va a dar en monto para acudir ante el Ciadi o, simplemente, van a terminar siendo arbitrajes locales.

Pero que hay un impacto de orden económico que ya se produjo a pesar de su detención, la respuesta es que sí. Y que van a haber problemas

y que van a darse controversias por esto, y creo, sin duda, que la respuesta también es sí.

En segundo lugar, pueden presentarse impactos en las relaciones jurídicas con el Estado que, debido a que esas relaciones jurídicas no pueden cumplirse como consecuencia de la situación creada por el virus, o que no pueden cumplirse momentáneamente, o que no pueden cumplirse de manera perenne. Ya veremos esa situación.

Y acá normalmente cuando se habla de los contratos con el Estado, se está hablando de fuerza mayor.

No me voy a detener a discutir si el virus fue una situación de caso fortuito o de fuerza mayor por el nivel de contratación del Estado. El OSCE ya emitió un pronunciamiento en el cual la ancló como fuerza mayor, coincidentemente con la manera como se le va anclando en la mayoría de los países del mundo.

Y la pregunta en relación a nuestro país es si el estado de emergencia lo podemos considerar como un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible.

Y aquí hay que partir de la definición de fuerza mayor que todos conocemos, del artículo 1315 del Código Civil, que considera como fuerza mayor y como caso fortuito a la causa no imputable consistente en el amor. Ah, eso es una broma. A mis alumnos siempre les digo que es el amor, porque es un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, para los que no se acuerdan del tema.

Ahora, qué cosa hace. Impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

¿Cómo va a encajar esto? ¿Incumplimiento total o incumplimiento parcial, tardío o defectuoso?

En un caso, no existe ya la posibilidad de cumplir con la obligación. Como todos sabemos, en el otro todavía existe esa posibilidad.

En el Perú hemos tenido primero una emergencia sanitaria, y esta emergencia sanitaria prontamente se transformó en un estado de emergencia, y hay una gran diferencia entre el estado de emergencia y la emergencia sanitaria, porque el estado de emergencia restringe los derechos constitucionales y las relaciones comerciales y civiles con el impacto fuerte que se ha dado a nivel de la contratación.

Y el tema fue este Decreto Supremo n.º 004-2020-PCM, con el que se inició la seguidilla de decretos posteriores.

¿Fue extraordinario, fue imprevisible y fue irresistible? Desde mi punto de vista no fue extraordinario porque la situación regulada, obviamente, no fue una situación normal, fue una situación que salió de lo corriente, de lo común de lo cotidiano, de lo ordinario.

¿Fue previsible el decreto supremo del que estamos hablando? No, yo creo que fue imprevisible porque la situación regulada, justamente, no era una situación normal.

¿Y era posible de resistirse sin ninguna duda? La respuesta es que no. Era irresistible porque un mandato de una norma lo tenemos que cumplir, nos guste o no nos guste.

También pueden presentarse nuevos proyectos o normas en las bases de reconstrucción que den lugar a inversiones y que pueden dar lugar a controversias en el mediano o en el largo plazo.

Ahí estamos en el mundo, pues, obviamente, de la magia, tendríamos que ser Harry Potter para pensar cuáles serían esos supuestos, ¿cierto? Los vamos a ir conociendo conforme se vayan presentando, sin ninguna duda, ¿pero que esto puede pasar? La respuesta es que sí. Esto también va a pasar.

Pero, ya tenemos una realidad en materia de contratación, y esa realidad está vinculada al hecho de si se van a incrementar o no se van a incrementar las situaciones en las que tengamos que recurrir, pues, a un arbitraje, sencillamente, porque se ha presentado un problema de incumplimiento o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Y ésta es la Directiva n.º 005-2020 del OSCE. Recordemos que en ésta se le otorgan dos derechos básicos al contratista y fundamentales. Y éstos son el derecho a la ampliación excepcional de plazo y el derecho a que se le otorguen adelantos, en concordancia con lo señalado no solamente en la directiva, sino en el Decreto Legislativo n.º 1486.

Cuando hablamos, en primer lugar, de alguna posibilidad de ampliación de plazo, la norma es maravillosa. Nos dice que esta solicitud comprende los impactos en los plazos de ejecución de la obra, por la garantía de la obra, por la removilización del personal y equipos, por la implementación de las medidas para controlar el virus.

Luego nos habla de que el contratista también tiene derecho a la entrega de adelantos que prevé la directiva, que tiene por finalidad facilitar al contratista los recursos para que pueda ejecutar las obras, considerando la medida frente a la propagación del covid-19, que consta por los sectores competentes.

Y, la verdad es que yo estoy llena de incredulidades. Esta directiva y el mundo que nos pinta parece ser el mágico mundo de Disney, pero la realidad siempre ha sido muy distinta y vamos a preguntarnos si realmente al contratista se le van a dar estas ampliaciones de plazo, en su gran mayoría. ¿A los contratistas se le van a otorgar los adelantos?

En épocas normales, todos los que arbitramos sabemos que, normalmente, las entidades simplemente deniegan las ampliaciones de plazo.

¿Qué nos lleva a pensar que ahora va a haber ese espíritu en el que tampoco cree, al parecer, Rómulo, respecto de la solidaridad, que van a pensar que, efectivamente, estos impactos se produjeron?

¿Qué nos lleva a pensar que las entidades estatales van a cambiar de actitud y que no va a haber simplemente una denegatoria constante en ampliaciones de plazo? El no otorgamiento de los adelantos que señala la norma. El procedimiento, de por sí, de la directiva, ya es muy grande.

Me parece que estamos ya llegando a mi término, pero no quiero finalizar sin dejarles esa reflexión.

Yo creo que la directiva, que es muy buena en lo fundamental, tendría algunas cosas que podríamos criticar. No es, probablemente, el momento. Va a ser buena si se aplica. Pero, ya a mis años hay pocas cosas en las que creo que se puedan realizar. Prima la experiencia y prima el saber que normalmente las cosas no se dan como se pintan.

Y, si eso es así, temo que desgraciadamente vamos a tener muchas obras paralizadas; un país detenido en la mayoría de sus temas constructivos. Y, finalmente, muchos arbitrajes que resolver. Soy árbitro. No es lo que más me gusta. Prefiero realmente un mal arreglo a un buen juicio.

Ojalá que las autoridades me oigan y que reflexionen sobre la oportunidad que es la necesidad de aplicar realmente la directiva, y hacer lo que corresponde para que la economía de nuestro país siga avanzando, que es lo que todos necesitamos.

Por mi parte, nada. Quedo a las preguntas para que siga nuestro próximo expositor.

Muchas gracias.

**Alfredo Soria Aguilar:** Muchas gracias, doctora Elvira Martínez. Gracias por su exposición.

En el tema de contratación con el Estado hay algunos aspectos que han sido regulados, pero se dejan, de repente, muchos cabos sueltos.

El tema, por ejemplo, de cómo va a ser el control de estas aprobaciones, hay la duda de los funcionarios, el temor muchas veces, de tomar una decisión por un control posterior, y eso también creo que es momento de reflexionar, porque, finalmente, si es que la norma establece un marco que, si se cumple, no debería después el funcionario tener algún tipo de inconveniente, y lo tiene.

Y eso no quiere decir tampoco que no existan controles. Tiene que haber controles, pero tienen que ser razonables.

Así que para los otros temas que no es contrato de obra, le dejo la pregunta, le voy adelantando una pregunta a la doctora Elvira Martínez, y vamos a darle pase ahora a la doctora Roxana Jiménez Vargas Machuca, quien nos va a hablar acerca de la suspensión o no de los plazos de caducidad a raíz del covid-19.

Adelante, doctora Roxana Jiménez. Bienvenida.

**Roxana Jiménez Vargas Machuca:** Gracias, Alfredo.

Bueno, quiero agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica por permitirme, por invitarme a participar en esta mesa virtual al lado de expositores, profesores tan distinguidos, destacados y a quienes yo quiero tanto también.

Sí, bueno, mi tema es la suspensión o no de los plazos de caducidad, en general y, bueno, aterrizar también el tema del covid.

Nosotros sabemos que, para el ser humano, para poder entrar al tema de la caducidad, para el ser humano, el conocimiento acerca de qué conductas o acciones de otros pueden interferir en las suyas o en sus intereses o viceversa, siempre ha sido preponderante.

Es característico de la condición humana querer saber a qué atenerse en relación con los demás y necesita el ser humano saber que esto ocurrirá necesariamente. Esto es, precisa el ser humano de certeza para las relacio-

nes sociales, pero, además, precisa de la seguridad de que la regla se cumplirá, de que estará poderosamente garantizada.

Es así que una sociedad organizada requiere de un grado mínimo de predictibilidad entre sus unidades sociales respecto de lo que cada una puede esperar de las otras.

La predictibilidad, entonces, es el eje de la seguridad. La seguridad jurídica da coherencia y capacidad moral de coerción a la norma jurídica.

Entonces, siendo función del derecho regular la convivencia humana, la seguridad jurídica afirma la certeza y la permanencia de las situaciones jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico establecido, cuya herramienta es la legalidad.

Dicho esto, llegamos, entonces, a la caducidad. El rol de la caducidad se asienta en lo que acabo de mencionar. Se asienta, pues, en la seguridad jurídica.

De acuerdo a la normativa que tenemos en el Perú, por la caducidad se extingue por el transcurso del tiempo el derecho y la acción.

No voy a entrar en esa discusión de si es acción o pretensión. Sabemos a qué nos referimos.

Ahora, parte de la doctrina nacional autorizada en materia procesal, opina que tanto la prescripción como la caducidad son mecanismos extintivos de situaciones jurídicas subjetivas. Es decir, que el objeto de ambas instituciones es la entera relación jurídica. Lo que incluye las situaciones jurídicas subjetivas activas y pasivas que la conforman. Es decir, en otras palabras, no es la acción, no es la pretensión, no es el derecho como se encuentra redactado en el Código Civil, por lo que la distinción entre ambas, entre la prescripción y la caducidad, de acuerdo a este sector de la doctrina, la distinción entre la prescripción y la caducidad, entonces, va a radicar en su operatividad.

Ahora, en cuanto a la caducidad, el legislador ha establecido un término fatal para que se inicien los procesos correspondientes.

Vencido este término, este plazo, no podrá incoarse ninguna de estas acciones.

El fundamento de esta figura de la caducidad se encuentra en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica para evitar la paralización del tráfico jurídico.

En esta medida, la caducidad no protege ni concede derechos subjetivos, sino que apunta a la protección de un interés general, y éste es el *quid* de la caducidad.

Entonces, la caducidad, por lo tanto, se va a regir por normas imperativas. Forma parte del derecho público por existir en su concepción un ingrediente de interés público, por lo que se encuentra en medio del orden público.

Sus eventualidades y sus causales están expresa y taxativamente establecidas en la ley con preceptos rígidos que no van a admitir disponibilidad.

A diferencia, entonces, de la prescripción, que tiene su base en otro lado, tiene su base en la autonomía, al ser disponible, por lo que debe ser alegada en la excepción procesal por la parte demandada o, inclusive, ése es un tema interesantísimo que ya no cabe acá en vía de acción, mucha discusión al respecto, siendo, entonces, necesaria la actuación del derecho potestativo del beneficiario.

Eso es en relación a la restricción. Como pequeño paréntesis, siempre lo recuerdo. Yo me acuerdo que una vez vi un caso en el que un deudor presentó una demanda declarativa para que el juez declare la prescripción de su deuda, entonces, cuando se trasladó esta demanda que fue insólita, porque siempre esa vía de prescripción en vía de defensa, el acreedor, que fue el demandado en ese caso, le dedujo la excepción de prescripción a su demanda declarativa de prescripción.

Bueno, fue un caso verdaderamente insólito. Bueno, al final, la decisión final fue que era improcedente la excepción.

Bueno, en fin, temas que van saliendo. Entonces, a diferencia de la prescripción que tiene todos estos caracteres, la caducidad, en cambio, opera *ipso juris*, como sabemos.

No se encuentra en poder de nadie disponer de ella bajo alguna forma o modalidad.

Es así, entonces, que la prescripción otorga la posibilidad al deudor de liberarse, la que puede o no aprovechar. Ya depende de él, dependiendo de su voluntad.

En esa línea, entonces, la normativa nuestra, la normativa peruana establece que la caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque ese último día sea inhábil.

Es decir, transcurre el plazo y muere todo en ese momento, esté donde esté, en el momento y lugar donde se encuentre.

La caducidad, entonces, ya acaecida. No puede ser objeto de renuncia, una diferencia más con la prescripción.

Ahora, de acuerdo a las normas del Código Civil peruano, el plazo de caducidad, a diferencia también de la prescripción, no se interrumpe en ningún caso, y sólo puede suspenderse en un caso específicamente indicado por la ley.

He tenido que hacer este preámbulo para poder llegar a este punto, que es el que nos interesa.

Este supuesto específico de la ley es cuando sea imposible, si está establecido, digamos, éste es su texto: «Cuando sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano». Entonces, ése es el único supuesto. No existe otro supuesto.

Entonces, mientras por regla general los términos de prescripción admiten suspensión y pueden ser interrumpidos, los plazos de caducidad no. Solamente este supuesto que acabo de mencionar.

La caducidad también opera contra todas las personas sin miramiento sobre la calidad de los sujetos titulares del derecho, a diferencia también de la prescripción que bajo ciertas circunstancias no corren respecto a determinadas personas, como sabemos. Y ahí se producen estos supuestos de suspensión.

Entonces, para evitar la caducidad, es decir, la extinción de la relación jurídica, sólo cabe realizar el acto previsto por la ley. En este caso será la presentación de la demanda en sede judicial o en sede arbitral.

Entonces, lo normal es la prescripción. Es lo normal y corriente en cualquier derecho, pues casi todos son susceptibles de prescribir, salvo los que la norma establezca en forma específica como imprescriptibles. En tanto que la caducidad es excepcional; afecta a algunos derechos determinados legal o convencionalmente. Ya ése es otro tema si es que cabe ser convencional. No habrá tiempo de hablar de eso.

Entonces, es excepcional. Por eso es que es de advertirse que operó la caducidad; debe procederse a declararla, así como también, si es que no se hubiera percatado de eso el juez o el árbitro, al deducirse la excepción deberá declararla fundada, y si nadie la dedujo, apenas se dé cuenta la tendrá que declarar. Y si no, bueno, en el laudo o la sentencia.

Ahora, los alcances de esta institución han sido objeto de interpretaciones, llámenle actualizaciones, *aggiornamento*, en fin, para dotarlas de equilibrio en las diversas situaciones concretas que se presentan en la realidad.

Entonces, me voy a referir a algunos supuestos en los que la caducidad ha sido objeto de debate y da esta actualización que estoy mencionando.

Por ejemplo, un tema es, las partes pueden pactar, como decía hace un momento, los plazos de caducidad porque el Código Civil señala que los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario.

Esto ha llevado a concluir que no cabe fijar los plazos de caducidad convencionales, pero hay un sector de la doctrina que considera que esta regla alude solamente a que las partes no puedan modificar los plazos de caducidad ya establecidos por la ley, pero que sí le permite fijarlos convencionalmente. Esto ha traído toda una discusión.

Otro punto es desde cuándo, y éste es uno de los más importantes, ¿desde cuándo empieza a computarse el plazo de caducidad?

Se ha señalado en determinada jurisprudencia que el plazo se inicia desde el momento en que el titular conoce sobre su derecho.

Por ejemplo, en el Perú, sobre las acciones que deriven del daño a la salud, los daños que surjan, que ulteriormente se detecten, o aparezcan como consecuencia de una lesión causada tiempo atrás.

Otras posiciones señalaban que este plazo se inicia desde el momento establecido en la ley o en el contrato. Por supuesto, tenemos normas especiales que definen cuándo empieza específicamente.

En la compraventa sobre medida, por ejemplo, tenemos ahí un plazo de caducidad y un momento específico tipificado en la ley, que dice: «aquí empieza». También en el saneamiento por vicios ocultos, la acción rescisoria por lesión contractual, en fin.

Entonces, dependiendo del caso concreto, el inicio del plazo de caducidad va a depender de lo que establece la ley.

Es muy importante vincular esto que acabo de señalar con la aplicación de la suspensión de la caducidad, que también se puede vincular con el inicio del cómputo o habiendo empezado con su suspensión, cuando sea

imposible reclamar el derecho ante el tribunal peruano. Este supuesto se va a vincular también con el supuesto de fuerza mayor.

Entonces, esta causal viene acaso como consecuencia de un impedimento que supera la esfera de control de la persona. Esto sólo obedece a un evento de fuerza mayor.

En las Salas Comerciales se ha discutido una serie de casos, digamos, relacionados con este tema. Es clarísimo que, si, por ejemplo, en el caso judicial hay huelga judicial, evidentemente, no se puede. O sea, ahí el supuesto es inobjetable y ya ha sido materia de numerosos pronunciamientos.

Entonces, igual en el ámbito arbitral. En el ámbito arbitral, si eso no es posible, si no se puede iniciar el arbitraje, entonces, ahí también tendremos un supuesto.

En el arbitraje es más difícil que esto ocurra, pero ha ocurrido a raíz del covid. Si teníamos, por ejemplo, un arbitraje institucional pactado de esa manera, y a raíz del covid se suspendía toda la actividad, por ejemplo, de los centros de arbitraje, ahí había una imposibilidad de iniciar un arbitraje institucional.

Y, entonces, aquí también puede operar este mismo razonamiento.

La gran pregunta es en otros supuestos. Esto trae mucha confusión y mucha discusión.

Por ejemplo, en los casos en los que hay demandas, digamos, imaginemos esos casos de arbitrajes fraudulentos donde tenemos todo un arbitraje ficticio, en realidad, creado, armado y que termina con un laudo armado también. Aparentemente, todo lo que se necesita estaba, aparentemente, hecho.

Y, entonces, se guarda el laudo y se espera que venzan los plazos de caducidad para que venzan los plazos de caducidad para la presentación.

Por ejemplo, la demanda de anulación de laudo. Y luego de ello empieza la ejecución. Con la ejecución es que se entera el afectado, y entonces, ha pasado muchas veces que, al presentar esta demanda, los jueces han pensado, bueno, pero tengo un plazo de caducidad, ya pasaron los veinte días, ¿qué hago?

Las Salas Comerciales decidieron que, dependiendo de la alegación, no se va a considerar que haya iniciado el cómputo de su plazo.

Entonces, deducida la excepción ya en el transcurso del procedimiento, deducida la excepción se ha declarado infundada en este caso.

Esto ha traído mucha discusión.

Ah, ya terminó mi tiempo. Bueno, tantas cosas por comentar. Hay muchos supuestos en los que tenemos que compatibilizar la importancia y la función y la finalidad de una figura como la caducidad que he explicado, con también estos otros derechos que están en juego, para que no se produzcan estos desequilibrios sin desnaturalizar.

Muchas gracias.

**Alfredo Soria Aguilar:** Muchas gracias, doctora.

En el tema de la caducidad depende de diferentes supuestos. O sea, cabe señalar algunos.

Por ejemplo, en el caso de los arbitrajes *ad-hoc* que se tienen que notificar a la contraparte y no ha habido actividad. Ha habido aislamiento social obligatorio, ¿aplica o no?

Una serie de interrogantes que vamos a dejar para después, y ahora proseguimos con el doctor Leysser León, quien nos va a dar una visión de qué está ocurriendo en el extranjero. Nos va a hablar acerca de las soluciones adoptadas ante el impacto del covid en el extranjero y su posible aplicación a la realidad peruana.

Este análisis lo va a hacer el profesor Leysser León, a quien le damos el uso de la palabra.

Adelante, doctor.

**Leysser León Hilario:** Muchas gracias, Alfredo, muchas gracias a las destacadas y destacados miembros de nuestro panel; todos amigos míos; todos grandes cultores del derecho civil.

Estamos hermanados por un tema que ha ocasionado una situación insólita alrededor del mundo. Un tema por el que seguimos padeciendo, y, seguramente, nos costará recuperarnos de la situación que vivimos todavía bastante tiempo.

Es inevitable que un fenómeno como el del covid no influya en el derecho civil, en el derecho privado, en general. Es inevitable que no tenga influencia en los contratos, en la ejecución de las prestaciones.

Ha escrito Alberto María Benedetti, un querido amigo de casi veinte años, colega, profesor de la Universidad de Génova que el propio concepto de la relación de obligación se ha visto modificado por el covid, de ser una relación en la que el objeto o la utilidad estaba representado por el comportamiento debido por el deudor frente al acreedor, ahora se ha pasado, como también ha dicho Rómulo Morales, a una visión solidarista, una visión que hermana los intereses, pero que ahora tomando las palabras de Elvira, no puede sino ser viabilizada a través de la intervención de un legislador.

Ya lo había dicho Mengoni hace veinte años, que la solidaridad es un comportamiento que no es propio de los seres humanos, y no es una ofensa ni es una desvirtuación de los grandes, seguramente, desprendimientos que nos puedan llamar la atención y nos hacen convencernos de que la raza humana todavía es una que puede tener comportamientos admirables.

Pero no es lo normal, no es lo corriente. El ser humano es egoísta, es individualista. La visión de solidaridad, por lo tanto, decía el extinto pro-

fesor de la Università Cattolica del Sacro Cuore (UCSC) Mengoni, a quien me he referido, tiene que ser impuesta por la legislación.

Y si algo hay de lo que debemos lamentarnos todos en esta situación, por lo que se refiere a la realidad peruana, es que nada hemos aprendido de la comparación jurídica, en nada hemos seguido los modelos extranjeros, ni siquiera se les ha tomado en cuenta para iniciativas legislativas, porque como hemos visto el día de hoy, el parlamento está más preocupado en conjurar contra la estabilidad del país, que en resolver los problemas que, de no hacerlo, van a terminar convirtiéndose, como también ha anunciado Elvira, en controversias judiciales, arbitrales, que, a lo mejor, en la justicia privada podrán contenerse.

Solamente demandarán aquéllos que tengan una razón para hacerlo y los medios para hacerlo, pero que, definitivamente, como han reconocido los propios magistrados, no tiene capacidad nuestro Poder Judicial de administrar.

Qué cosa es como alternativa lo que se ha hecho en los gobiernos del mundo, y que, repito, no es que los modelos existan para copiarlos y para adecuarlos a nuestra realidad automáticamente, pero mirarnos en un espejo global siempre es ilustrativo y habríamos podido saber que, incluso, en los países cuya cultura se refleja en nuestra legislación, se han tenido que tomar importantes medidas legislativas para poder adecuar los contratos a la realidad que vivimos, que atravesamos.

Por ejemplo, y solamente mencionando algunas de las cosas que se han hecho, identificando a los países.

En Francia, en Alemania, en Italia, prórroga del plazo de los pagos de las mercedes conductivas en los arrendamientos y prórroga del plazo de los pagos en los contratos de préstamo.

En Italia, suspensión del ejercicio del derecho de aplicar penalidades dispuesta normativamente.

En España, condonación, inclusive, de las mercedes conductivas en los contratos de arrendamiento de vivienda, donde los arrendatarios sean personas vulnerables.

En Alemania, por tres meses desde que se dio la norma, suspensión del derecho de los arrendadores de resolver los contratos, prorrogable hasta el mes de septiembre.

En un país, en una nación, donde, como voy a decir a continuación, existen instituciones sólidas, firmes, de gran tradición, como la base del negocio jurídico que ha ayudado por casi cien años a resolver los problemas de adecuación de los contratos sobre la base de la cláusula normativa general de buena fe, a la que se refirió Rómulo en su exposición.

En Italia, nuevamente, la derogación de los vencimientos. No se pueden oponer derechos a partir de los vencimientos en los contratos en Italia, disposición legislativa.

En España, en Portugal, limitación en el ejercicio del derecho a los desalojos.

Restricción en ejercicio de estas medidas coercitivas ante falta del pago de renta.

En fin. Solamente para hablar de los contratos típicos porque, como se ha dicho también, y en esto ha tenido una visión muy crítica el famoso contractualista conocido en el Perú, además, cuyas ideas cada cierto tiempo aparecen, incluso, en sentencias del Poder Judicial, el profesor Vincenzo Roppo, también de la Universidad de Génova, ha dicho, perdón, forma parte también del derecho privado el derecho del trabajo, y no nos olvidemos que el derecho del trabajo es el campo en el cual se han producido los mayores cambios debido al covid y debido a las medidas de emergencia sanitaria, como ha puntualizado el presidente de la mesa desde el comienzo; o sea, qué cosa es el covid como un fenómeno y qué cosa son las medidas de emergencia sanitaria, y cómo es que afecta a cada una de las distintas relaciones contractuales.

El mundo de los contratos es inacabable. Cada uno de los contratos, según su naturaleza, según las prestaciones en juego, va a verse afectado.

Y ahí está el papel que cumple el árbitro. Esto es un congreso de arbitraje y qué cosa o qué papel es el que está llamado a cumplir el árbitro.

El árbitro, en la misma posición que un magistrado, es quien va a tener que decidir si cambia o no cambia los términos y las condiciones contractuales porque estamos ante problemas de adecuación de los contratos a la realidad.

¿Y cuán valioso va a ser en ese cambio o en el cumplimiento de esa tarea? Que se cumpla con el más importante de los cometidos de la función del árbitro, sobre el cual no existe legislación, no existe base, normativa, que nos diga que existe este compromiso, cual es el de conocer la materia sobre la cual el árbitro se pronuncie. Con todas sus letras.

O sea, cuántos de los árbitros se han dedicado en este período de meses. Hay excepciones notables, por supuesto, ha habido seminarios, ha habido foros al estudio de las instituciones que van a ser las que se aplican. Claro, nadie quiere adelantar juicios, nadie quiere ser etiquetado y asociado o vinculado con una posición.

Algunos ya, a lo mejor, están administrando, gestionando, algún procedimiento arbitral donde se están discutiendo estos temas, pero ésta es una temática en la cual todos debemos participar con nuestras distintas posiciones en aras de encontrar un solo camino, porque aunque no exista jurisprudencia vinculante arbitral, sería desilusionante, sería un ataque contra la estabilidad del ordenamiento que comiencen a circular innumerablemente, laudos arbitrales con decisiones completamente distintas.

Se va a atomizar el mundo del arbitraje con decisiones respecto a fenómenos que son idénticos, sobre los cuales, incluso, el derecho privado ya ha llegado a conclusiones que son más o menos uniformes y que pueden verse desvirtuados esos postulados, esas certezas en los pronunciamientos arbitrales.

La pregunta que me pidió el comité de organización de nuestro congreso, que ya tiene tantos años, era no solamente enumerar estas soluciones que se han producido en los países que he mencionado exclusivamente, las verificadas en países de clara ascendencia en nuestro derecho, en todos los formantes: España, Portugal, Italia, Alemania, Francia, tienen una presencia en nuestra codificación en la formación de los magistrados, en la formación de nuestros estudiantes, en la formación de nuestros abogados.

Entonces, éstas son las imágenes a las que nosotros vamos inevitablemente a prestar atención al momento de resolver estos problemas.

Pero, el comité organizador del congreso me pidió vincular esto con la función arbitral. O sea, estas medidas que los poderes legislativos de los países mencionados han adoptado, se pueden viabilizar en el Perú ante un legislador inerte, como señalé, preocupado en darle, como siempre, interés o más interés a su vocación por la inestabilidad del ordenamiento, ante su inercia qué es lo que puede hacer el juzgador, juez o árbitro.

El papel que cumple es trascendental porque debe saberse que en el Perú existen recursos técnicos para viabilizar todas las soluciones que he mencionado y que han sido asumidas por el legislador en las experiencias comentadas.

O sea, ¿se puede llegar a las mismas soluciones a través de interpretación de nuestras normativas o a través del uso creativo de la comparación?

Por supuesto, pero esa importación de soluciones extranjeras requiere una técnica y una preparación en la que todos deberíamos esmerarnos. Todos deberíamos esmerarnos, conocer y saber el impacto de esta legislación y saber que nuestro país no es un país que tenga una economía que puede resistir esto.

Por ejemplo, mencioné, en Alemania se dice: «por tres meses derogado el derecho de resolución de los arrendatarios para resolver por impagos». Y cuenta el experto Matthias Lehmann, comentando en castellano que la transnacional Adidas, la marca deportiva, ha sido la que mayor provecho

ha sacado de este impedimento del legislador al ejercicio del derecho de resolución. Piénsense en sus cientos de tiendas comerciales.

O sea, cuando uno en un país en vías de desarrollo, en un país con los problemas de progreso como el nuestro, podría pensar que esta legislación la reclaman principalmente las clases necesitadas, que necesitan un apoyo, un auxilio, una certeza del legislador para poder decir que, por lo menos, por los meses de la emergencia sanitaria no me pueden desalojar o se suspende el pago de mis rentas, esto se ha dejado a la libre apreciación de los magistrados, si los casos llegan al Poder Judicial, o a la inteligente meritocracia, destacada, pero nunca bien ponderada, como decimos los peruanos, función de los abogados. Los que estamos en el día a día de la resolución de conflictos contractuales, ora arrendamiento, sabemos claramente que el papel del abogado ha sido fundamental para neutralizar los conflictos en los arrendamientos hasta el momento.

Y comentando con otros abogados que cumplen la misma función de asistir en la resolución de conflictos desde la posición del arrendador o la del arrendatario, el éxito ha sido general.

No he conocido casos en los cuales las partes hayan dicho que van a irse, incluso, a arrendamientos de locales comerciales, estoy hablando de arrendamientos bastante significativos, no se ha tenido que llegar al extremo ni de ir a arbitraje, ni de ir al Poder Judicial.

¿Cuáles son los recursos técnicos de los que dispone el juez o el árbitro?

Ahí están las cláusulas normativas generales: la cláusula normativa general de la buena fe. ¿Qué cosa es una cláusula normativa general? Un concepto abierto, un concepto sujeto a interpretación significativa, es decir, el papel del juez que no se limita a explicar el contenido de un término utilizado en una norma, por eso se llama cláusula normativa genérica, sino que, además, adecúa esa expresión a propósito, voluntariamente ambigua a una situación concreta.

Es una técnica legislativa privilegiada en el derecho alemán, sobre todo y que los peruanos hemos copiado, creo, sin un mayor conocimiento de las implicancias que tiene este recurso, porque en Alemania es verdad, han permitido esas cláusulas normativas generales, orden público, buenas costumbres, buena fe, diligencia, daño, seguridad jurídica, seguridad del tráfico jurídico, han permitido que los ordenamientos no se congelen en el tiempo, no se paralicen, sino que se transmuten en función de una interpretación que también es variable, según las circunstancias.

Pero, ha dado lugar en la propia Alemania, a grandes injusticias en la época de la persecución racial, en la época del nacional socialismo, donde, como saben los que han estudiado el tema, una de las cláusulas normativas generales es la buena fe, se llegó a decir que era acorde con la buena fe no pagar los préstamos concertados con empresas y con personas naturales judías, y se llegó a decir que era conforme a la buena fe, utilizando la cláusula normativa general, no pagar los préstamos celebrados con personas de raza judía.

Es un arma de doble filo. Es un arma respecto de la cual, en el Perú, muchos la han utilizado en este tiempo de la pandemia, de las medidas de emergencia sanitaria para justificar soluciones. Bueno, se podría entender que sean plurales porque la buena fe puede hacer explosión en una serie de interpretaciones y de construcciones, pero ha dado lugar en nuestro medio a interpretaciones que son absolutamente contrarias.

Es decir, hay profesores que dicen «A», otros que dicen «Z» en la misma cláusula normativa general, lo cual es una demostración de los peligros que acarrea abusar de esas cláusulas normativas generales y de lo útil que habría sido una reconducción de todos esos problemas a la certeza de la legislación.

En la mañana hemos estado con la profesora Jiménez, con el profesor Morales en un seminario sobre la reforma de los daños a la persona en Colombia, donde se ha propuesto un proyecto de cien artículos, solamente para tratar el tema de cómo se resarcen los daños a la persona, cuyo autor, teniendo en cuenta, y esto se sabe en América Latina, la calidad, el pres-

tigio, la preparación de los jueces colombianos, aun así, aun teniendo en consideración el nivel destacado de la justicia ordinaria y la justicia constitucional en Colombia, ha propuesto cien artículos detallados para también delimitar los pronunciamientos de los jueces.

A todo esto ha renunciado nuestro legislador: un módico proyecto del congresista García Oviedo consideró el problema y propuso, inspirado claramente en el modelo español, que se suspendieran los cobros de las mercedes conductivas, por lo menos, en el caso de la población vulnerable.

Y, en lugar de, por lo menos, responderle o replicarle que eso no era posible porque en el Perú una estadística certera de cuál es la población vulnerable no existiera, simplemente, el proyecto fue desestimado y archivado.

¿Qué cosa es lo que va a ocurrir? Bueno, tendremos, seguramente, pronunciamientos en el campo del arbitraje y en el campo judicial, que van a llegar a soluciones también, varias también contrarias, utilizando el recurso de la buena fe.

Ayudaría estudiar el hacer un congreso, hacer un seminario; intercambiar opiniones permanentemente, sobre las posibles interpretaciones que según la pandemia tenga esta cláusula normativa general, de manera tal de identificar, por lo menos, cumpliendo el papel que también tienen los expertos en derecho, en general, la doctrina, el formato doctrinal que no vincula a nadie, pero que, por lo menos, ilustra, brinda auxilio en la interpretación de problemáticas que son inéditas como la que estamos viviendo, a hacer un intercambio constante de ideas para ver cuáles son las interpretaciones que admitiría esa cláusula normativa general en estas circunstancias para tener un elenco de soluciones posibles.

De la misma manera, a partir de la buena fe, además de las famosas construcciones de la excesiva onerosidad de la prestación, de la base del negocio jurídico, de la revisión del contrato, algo que en el Perú todavía no se ha llegado a afirmar contundentemente.

Estamos dispuestos todos a reconocer que un árbitro o un juez tiene el poder de revisar el contrato. No, la respuesta no es tan sencilla; no es tan sencilla, no es tan sencilla.

En Alemania y en Francia se ha requerido normas específicas; la *Schuldrechts Modernisierung Bundesgesetzbuch*, la reforma del derecho de las obligaciones en Alemania el 2001, y en Francia, la reforma de los contratos en el 2016, para que no queden dudas de que el juez, efectivamente, tiene el poder de revisar el contrato, porque, de lo contrario, se estaría otorgando o brindando una potestad para una interferencia en un acto completamente privado.

En nuestro país, ese cuidado es uno que creo yo debería subrayarse.

Cómo es que puede ser la interpretación del juez o del árbitro, dentro de qué límites debe contenerse para no llegar a ser una, digámoslo con todas sus palabras, una revisión, cambio o transformación impuesta, heterónomamente, desde afuera del reglamento contractual.

Cuando se dice que hay excesiva onerosidad de la prestación o hay lesión o hay variación de las circunstancias o alteración de las circunstancias, como ahora, se señala en el derecho francés se está reconociendo que es el fenómeno la alteración, el cambio de las circunstancias el que produce la variación del contrato, y el juez se limita a hacer una constatación, una verificación de lo que ha ocurrido y de lo que genera y produce los cambios, porque se modificó el valor, cambió el valor de las prestaciones.

No es que el juez desde afuera, utilizando su propia visión, cambia y modifica los términos contractuales.

Y ése es el gran riesgo que presentan estas instituciones, hablando de la base del negocio jurídico en Alemania, un autor conocido por nosotros leído como Werner Flume, fallecido el año 2008, él decía, hablando, repito, sobre esta institución de la base del negocio jurídico, que era la preferida de los deudores, de los abogados, porque permitía para los deudores dispensarse del cumplimiento de sus obligaciones. Y para los abogados, adoptar

la defensa de personas que, precisamente, buscaban que se les dispense o se les excluya del cumplimiento de los compromisos.

**Alfredo Soria Aguilar:** Sí, en verdad, es sumamente complejo, doctor León.

Bueno, nos han sacado tres tarjetas rojas, pero estaba interesantísimo lo que está hablando. Por eso es que no intervenía.

**Leysser León Hilario:** No he visto las tarjetas, yo seguía nada más con la exposición.

Había terminado, presidente, solamente para decir que es un gran desafío el que tenemos al frente, y tanto los jueces como los árbitros, de utilizar, sí, creativamente, las cláusulas normativas generales, pero tratando también de mantener la uniformidad de criterios con el apoyo del formante doctrinal.

Gracias.

**Alfredo Soria Aguilar:** No, gracias a usted, doctor Leysser León. Interesantísimo lo que nos propone, lo que plantea, pero también hay que ver que está sucediendo en otros países, lo que nos dice el doctor León.

Se dice, por ejemplo, que no se va a pagar, que no se puede resolver un contrato o que, eventualmente, el inquilino no paga, pero es el Estado el que está pagando eso. O sea, no es que el arrendador se queda sin pago, ojo, porque puede ser un mal mensaje que pueda entenderse mal. O sea, el arrendador sí va a recibir el dinero, no lo va a recibir de su arrendatario, sino que lo va a recibir del Estado, y el Estado cómo sabe cuánto está pagando de renta, porque la gente paga sus impuestos.

¿En nuestro país pasa eso? No creo. Entonces, hay una serie de circunstancias que hay que tomar en cuenta para ver si resulta aplicable o no, pero muy, muy ilustrativo todo lo que nos comenta el doctor Leysser León y no sé si tenemos tiempo para las preguntas.

Le pregunto a Piero Ordóñez cómo vamos con el tiempo o cuánto tiempo nos queda y si podemos hacer algunas preguntas.

**Piero Ordóñez:** Sí, doctor, tenemos diez minutos para realizar las preguntas y respuestas.

**Alfredo Soria Aguilar:** Diez minutos, perfecto.

Entonces, empezamos en el mismo orden.

Doctor Morales, ¿dificultad es igual que excesiva onerosidad?

**Rómulo Morales Hervias:** No, no, no. La excesiva onerosidad de la prestación no es un problema de dificultad ni de imposibilidad.

Es posible ejecutarlo, lo que sucede es que es más gravoso, es más costoso ejecutar una prestación por el cambio de circunstancias. Ése es el tema.

Ahora, quería referirme un poco a lo que comentaba el profesor Leysser León, justamente, lo que pasa, claro, los casos en Francia, Italia, España, pues, son Estados, pues, que velan, pues, por las necesidades sociales. Países como Chile y Perú son ejemplos a la inversa, donde han sido indiferentes ante situaciones de, por ejemplo, desalojos que ha habido en estos meses, en estas semanas, de personas vulnerables.

Basta leer las noticias porque frente a un Poder Judicial inactivo por varios meses, y frente al abuso de muchos arrendadores, pues, muchos han sido desalojados.

Y el ejemplo que, justamente, el profesor alemán que citó Leysser, el profesor Lehmann, justamente, decía que en Alemania, existe este remedio contractual del impedimento de ejecutar, de la dificultad del deudor, es decir, de exonerarse por un tiempo y eso está en el parágrafo 275 de la Ley de Modificación de las Obligaciones en Alemania. Es decir, en Alemania un

deudor, si está, lo despiden o tiene un problema, una enfermedad, puede exonerarse por un tiempo de la ejecución de la prestación.

Aun habiendo esa solución alemana, el Congreso alemán sacó una ley para suspender la ejecución del pago de los contratos de crédito y en los contratos de arrendamiento, habiendo una solución legislativa. En el Código Civil alemán está esa solución, pero frente a una situación de dificultad económica en muchos contratantes, pues el Estado alemán sacó esta ley en marzo, en abril de este año, justamente, para permitir que estos contratantes que están en una situación de vulnerabilidad, muchos de ellos han perdido el trabajo porque no solamente han sido contratos civiles, sino los contratos laborales. Ha habido una intervención importante en Europa.

Y, cuando uno ve los cambios normativos en la legislación laboral, evidentemente, el Estado peruano se ha puesto la camiseta del empleador y al trabajador lo ha dejado “tirando cintura”, para que él vea que consiga otro trabajo.

Entonces, también y esto para terminar mi exposición, da vergüenza ajena que el Estado peruano haya actuado como haya actuado: por omisión más que por acción. Y cuando ha sido por acción, ha sido por otros temas, pero, desde el punto de vista de los contratos, el Estado peruano ha sido indiferente ante las necesidades sociales, y eso creo que hay que resaltarlo.

Ni el Poder Ejecutivo ha pedido delegaciones para sacar una ley, ni el Congreso, y como decía el profesor Leysser, ¿qué cosa ha sucedido ayer en el Congreso? Bueno, ya sabemos lo que pasamos. En eso están preocupados; en los intereses políticos, y no en los intereses de la gente, que es lo que para eso están. Están para servir, son servidores, no del Estado, servidores de la nación.

Y, lamentablemente, en este tema de los contratos, lo que ha hecho el Estado es, prácticamente, cerrar los ojos, taparse los oídos y decir: «Uste-

des... entre ustedes renegocien los contratos. Los contratos son intangibles; artículo 62 de la Constitución Política, y, por lo tanto, yo no me meto».

Cosa que es totalmente contraproducente. Países desarrollados han intervenido en los contratos, y a nadie se le ha ocurrido decir: «los contratos son intangibles». Sólo en el Perú pueden pasar estas cosas, y es por eso que es un tema de cambio, también de mentalidad que los principios contractuales no se reducen a uno o dos, hay una pluralidad de principios contractuales que creo que sería importante tomarlos en cuenta y aplicarlos en la vida práctica.

Gracias, Alfredo.

**Alfredo Soria Aguilar:** Gracias, doctor.

A la doctora Elvia Martínez Coco, uno de los asistentes hace la siguiente pregunta: ¿Se puede solicitar el pago de los gastos ocasionados por el covid en aquellas obras en que no se solicitó ampliación de plazo, producto de un cronograma acelerado?

Adelante, doctora.

**Elvira Martínez Coco:** Diría que sí, inclusive hay una directiva del OSCE. Incluso, en aquellas situaciones donde se estuviera en incumplimiento en tanto sea posible de aplicar la penalidad, se pueden aplicar los mecanismos de los que hemos hablado de ampliación de plazo en razón del covid y también de los adelantos necesarios para cumplir con las obligaciones que se está señalando. Eso dice la norma.

Del dicho al hecho...

**Alfredo Soria Aguilar:** Perfecto, doctora.

Claro, eso es lo que estamos diciendo. Ojalá se cumpla y quisiéramos, los árbitros, creo que la mayoría quiere en buena fe que no haya conflicto,

que, más bien, las normas se apliquen, pero, vamos a ver. Ojalá que sí. Confíemos, doctora, confíemos. Esperemos que esta vez sí.

Le damos el pase a la doctora Jiménez Vargas Machuca para que nos conteste la siguiente pregunta que nos hace uno de los asistentes, dice: En los casos fraudulentos, ¿no debería correr el plazo de caducidad desde que toma conocimiento de la existencia del hecho o no corren, en este caso, los plazos de caducidad?

**Roxana Jiménez Vargas Machuca:** Sí, bueno, quizás no me expliqué en forma clara. Sí, claro, corre un plazo. La pregunta es ¿desde cuándo comienza a correr? Y, entonces, en este caso, por ejemplo, en el caso que mencioné, de los arbitrajes armados, donde todo es falso, fraudulento, entonces, claro, desde que la víctima de ese fraude toma conocimiento, ya sea al inicio de la ejecución. Si, por ejemplo, se inscribe el derecho de propiedad y, entonces, con la alerta registral se entera, por ejemplo. En el momento en que se entere, ahí comienza a correr el plazo, ya que no se enteró a tiempo, tiene veinte años, no. Va a tener ese plazo específico, que siempre es muy, muy acotado.

He visto que hay otra pregunta. Alguien ha preguntado, es un tema procesal sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Bueno, ése es todo un tema.

El recurso de anulación de laudo arbitral es algo para arbitrajes que, realmente, existen; no está pensado, no está diseñado para fraudes. A lo sumo, sí hay, digamos, uno puede alegar que no ha habido convenio porque es inexistente. Por ahí podría entrar, pero la acotación ahí es el convenio. En cambio, si la figura es que ha sido todo un fraude y todo es falso, o sea, es un papel que se llama laudo, por decirlo de forma ya frontal, yo creería que el proceso que corresponde, si es que se va al Poder Judicial, es más bien un proceso declarativo, porque todo es un fraude. No existe. Entonces, es un proceso declarativo en el que se pida la declaración de nulidad de todo esto, digamos, de ese papel que se llama laudo.

El caso de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta está pensada para procesos; fraude a través del proceso o fraude por el proceso. O sea, en el proceso o a través del proceso y, entonces, son otros supuestos.

Ahora, que un juez de anulación, cuando ha recibido una demanda de este tipo y tiene clara la ruta procesal, ha dicho «Bueno, yo no voy a decirle improcedente; haga valer su derecho conforme corresponde. Sino que yo también soy juez y yo puedo declarar la nulidad de eso».

Entonces, sí se ha, por el principio *pro actione*, por una serie de principios lo han tomado y han evaluado, pues, lo que se dice. Total, de lo que se trata no es de verificar los supuestos que se han dicho, pero sí vamos a ser muy técnicos, yo creo que cada uno tiene su propia ruta procedimental.

Sólo quiero decir una última cosa, pero así en tres segundos, justamente, sobre la caducidad. Hay quienes la enfocan como un tema de forma; porque se deduce vía excepción como defensa y hay quienes consideran, bueno, me incluyo, eso. Es un tema de fondo que tiene relación directa con el derecho, que es, justamente, materia de controversia.

Y, entonces, por qué viene la importancia y distinción, porque si, por ejemplo, los árbitros han resuelto acerca de la caducidad de este derecho, entonces, ¿qué es lo que se lleva a anulación? ¿La excepción? Porque cuando se lleva a anulación la excepción, digamos, la excepción de incompetencia, ineficacia de convenio o por alguna de esas razones, ahí la Sala Comercial, las Superiores, judiciales pueden analizar y discrepar del criterio con el que el árbitro ha resuelto eso, porque eso no es tema de fondo, es forma para entrar al fondo. El impedimento, la falta de competencia judicial es respeto a la controversia en sí, no respecto de cómo entras.

Entonces, la pregunta es ¿la caducidad se deduce como excepción de defensa?, Es una defensa de forma, si consideramos que tiene relación con el derecho que se controvierte en una valuación del derecho y si se ha producido la caducidad o no.

Si se considera así, entonces, no cabría que la anulación vaya de esa manera y que puedan discrepar de si ha caducado o no. Más bien tendría que ir y plantearse como las demás causales de anulación de laudo, que van para un defecto más de orden, de forma, del debido proceso y, en fin, todo eso.

Ésa es una cuestión que se plantea y que sigue dando vueltas, porque todavía no hay una posición unánime en la judicatura.

Eso quería mencionar.

**Alfredo Soria Aguilar:** Gracias.

Piero, ¿tenemos tiempo para una pregunta porque tenemos una pregunta para el doctor Leysser León? Dos minutos, de repente.

**Piero Ordóñez:** Doctor, terminamos con esa pregunta, ¿sí?

**Alfredo Soria Aguilar:** Listo, doctor Leysser León, nos preguntan ¿cuál debería ser el rol de la causa del negocio en la elección de los remedios frente a las consecuencias del estado de emergencia? La causa del negocio o la base del negocio.

**Leysser León Hilario:** Muy sintéticamente, porque el experto en causa en el panel es el profesor Morales.

Sobre la causa hay un debate. Existen posiciones causalistas entre nosotros que son, en realidad, posiciones que estamos en la historia de nuestra legislación claramente, y hay que reconocerlo y esto es importante cuando se desempeña uno en el papel de árbitro, uno no puede hacer prevalecer su propia visión en la decisión sobre una controversia.

Bueno, uno está comprometido en la función de árbitro o de juzgador a recoger la argumentación y tener un conocimiento y una noción general del sistema y nuestro sistema, se podría decir que es uno en el que la mayo-

ría de nuestros autores, nuestros juristas expertos en negocio jurídico y en contratos, defienden la idea de la causa.

Ahora bien, al interior de la teoría de la causa hay una serie también de subteorías o de interpretaciones. Es decir, diversas significaciones que se le han dado al concepto de causa.

No sé a cuál de esos significados, a cuál de las semánticas que se han predicado respecto de la causa, ha hecho referencia el participante, pero, definitivamente, si es que se toma, por ejemplo, la idea de la causa concreta, de la razón de ser del negocio por la que tanto batalló por décadas el recientemente desaparecido profesor Cesare Massimo Bianca, creo que va a ser imposible prescindir del análisis funcional al momento de evaluar la implicancia que ha tenido en el normal desarrollo de la ejecución de un contrato, la normal vida de una relación obligatoria, tanto en la pandemia como en las medidas de emergencia sanitaria, porque, precisamente, esos fenómenos exógenos han sido los que han tenido incidencia en el cumplimiento de las funciones, de las metas, de los objetivos de las partes.

Creo que debe existir neutralidad en los juzgados, incluidos los árbitros, al momento de evaluar esos argumentos porque son argumentos que tienen una base cierta en el formateo primario nacional.

**Alfredo Soria Aguilar:** Gracias, qué interesante. Creo que deberíamos tener más tiempo, doctores, porque es muy interesante todos los temas que han traído el día de hoy y abren una serie de preguntas, pero ya el tiempo ha culminado. No quiero complicar el siguiente panel, así que, muchísimas gracias. De verdad que un honor compartir con ustedes; un verdadero lujo escucharlos, y sobre todo que hayan preparado tan bien y tan buenas ponencias.

Gracias a todos.

**Todos:** Gracias a todos, gracias Alfredo. Un abrazo. Muchas gracias, doctor.

**Alfredo Soria Aguilar:** Que tengan buen congreso.

**Piero Ordóñez:** Muchas gracias, doctor Alfredo. Muchas gracias a todos los ponentes por compartir sus ideas y experiencias.

Agradecemos también a nuestros participantes, quienes nos acompañan durante este tercer y último día del congreso.



## PRESENTACIÓN ICC-YAF

*Lucía Olavarría*

**Piero Ordóñez:** Continuando con nuestro programa, tenemos la conferencia de ICC-*Young Arbitrators Forum*, a cargo de la doctora Lucía Olavarría, a quien cedemos el uso de la palabra.

**Lucía Olavarría:** Muchas gracias al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica por la invitación, que les voy a robar solamente unos breves minutos para contarles qué cosa es el ICC-YAF y contarles de nuestro propósito y que visiten la página web de la CCI para enterarse de los eventos que estamos realizando.

ICC-YAF es una organización que forma parte y es organizada por la Cámara de Comercio Internacional, que brinda servicios de resolución de disputas y arbitraje, y organiza el grupo de jóvenes árbitros *Young Arbitrators Forum* y yo soy una de las representantes para Latinoamérica del *Young Arbitrators Forum* por el período de dos años: de 2019 a 2021 y vengo trabajando con diversos representantes de Latinoamérica en organizar eventos que tienen como propósito varias cosas.

Tenemos como propósito, bueno, en primer lugar, promover y desarrollar una red de jóvenes practicantes del arbitraje.

Esta organización, *Young Arbitrators Forum* está compuesta por practicantes de arbitraje menores de cuarenta años, así que todos los que estén en ese límite de edad pueden ser parte del YAF.

Otro de los propósitos del YAF es crear oportunidades para ganar experiencia, desarrollar destrezas legales y crear conocimientos sobre temas

de interés en el arbitraje y también sobre los servicios de resolución de disputas de la CCI.

¿Qué se puede lograr asistiendo o siendo parte de los eventos que organiza ICC-YAF? Creo que es un buen foro para lograr tener un contacto con abogados experimentados y también con jóvenes practicantes del arbitraje; es un buen lugar para discutir temas de interés. Los eventos que van a ver publicados en la página web de la CCI como ICC-YAF, son eventos organizados por jóvenes, con el fin de tocar diversos temas que están ocurriendo en el mundo del arbitraje alrededor del mundo, y hay eventos hoy día *online* de todos los continentes; entonces, creo que es super útil si quieren ver y estar enterados de qué está pasando en el arbitraje virtual en otro continente hoy día, es una buena oportunidad para inscribirse en esos eventos y poder participar.

Y, bueno, nada, invitarlos a todos a mirar la página web de la CCI, en lo que se refiere a la ICC-YAF y asistir a los eventos cuando se realicen.

Nada más. Muchas gracias por estos minutos y espero que sigan disfrutando de este interesante evento.

**Piero Ordóñez:** Muchas gracias, doctora Olavarría.

**PRESENTACIÓN DEL VOLUMEN 80 DE LA  
*BIBLIOTECA DE ARBITRAJE***

*Mario Castillo Freyre  
Guilherme Recena Costa  
Julio Rivera Ríos*

Ahora bien, continuando con el programa del congreso, continuamos con la presentación del libro *Actas del XIII Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú* por el doctor Mario Castillo Freyre, quien se desempeña como árbitro. Es socio fundador del Estudio Mario Castillo Freyre y docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Asimismo, comentarán el libro el doctor Guilherme Recena Costa, quien es asociado senior y miembro del grupo de resolución de disputas internacionales en Debevoise & Plimpton y el doctor Julio Rivera Ríos, quien es asociado de Debevoise & Plimpton, miembro del grupo de resolución de disputas internacionales.

Le cedemos la palabra al doctor Mario Castillo.

**Mario Castillo Freyre:** Muchísimas gracias por cederme el uso de la palabra y, en primer lugar, quiero agradecer, sobremanera, al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú por cedernos estos minutos y felicitarlos, además, por su XIV Congreso de Arbitraje, que ahora no sólo es de arbitraje, sino de mediación y juntas de resolución de disputas, lo que está muy bien.

Y, además, me da muchísimo gusto porque en el Perú, no necesariamente los esfuerzos institucionales duran mucho tiempo. Entonces,

yo siempre estaré muy contento de que, junto con el doctor César Guzmán-Barrón, que entonces era director del centro, dimos creación a este congreso hace trece años, y son catorce congresos, porque son catorce, pero son trece años y todos los años publicamos el volumen, en coordinación con el centro, que contiene las actas del congreso anterior, o sea, lo que se habló en el congreso anterior.

Esto, con la finalidad, de que pueda quedar constancia escrita de todo aquello que se ha tratado y no se pierda esta información, que es una información muy valiosa, como no ha sido excepción el congreso del año pasado.

Entonces, en ese sentido, ya está puesto en la página web del Estudio, que es [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com), el volumen 80 de la *Biblioteca de Arbitraje*. Además, es un número simbólico. Hemos ya cumplido ochenta volúmenes, de los cuales trece volúmenes son de los congresos de la Universidad Católica, por lo que agradecemos mucho al Centro de Arbitraje, el permitirnos publicar y difundir estos eventos académicos tan importantes.

Además, quiero decir que en las próximas semanas ya saldrá el volumen impreso. Todo esto ha trastocado los plazos de las impresiones y de las imprentas y de los trabajos físicos, pero está, prácticamente, casi completo el contenido de la *Biblioteca de Arbitraje* en la web.

De tal manera que todo aquél que quiera consultar un trabajo colectivo o unipersonal de la *Biblioteca*, lo puede hacer con acceso absolutamente libre. Se pueden imprimir las páginas, se puede trabajar de la mejor manera que ustedes consideren con estos materiales, porque la idea siempre ha sido desde un inicio ponerlos a disposición absolutamente libre de todo el público, para que no sólo sea conocido, por ejemplo, por las quinientas cuarenta personas que están conectadas, si no, en general, por todo el mundo. Eso para nosotros siempre ha sido importante.

Además, estoy muy contento porque me acompañan dos muy buenos amigos, Guilherme y Julio, que son brillantes abogados litigantes en arbitraje. Ahora los van a escuchar y les pedí que pudieran acompañarnos para

hacer uso de la palabra para tener una visión de afuera, distinta un poco de lo que significa este esfuerzo que estamos haciendo en materia de la *Biblioteca*.

Yo estoy muy satisfecho, además, con la *Biblioteca*. Hemos llegado a publicar más de seis volúmenes por año, si hacemos el promedio, lo que significaría que, si se tratase de una publicación periódica, sería más que una revista bimestral. En este caso, son libros que se han publicado más de seis por año. Nunca imaginé que llegaríamos a tal volumen de producción por el interés de las instituciones y de los autores en que publiquemos estas páginas.

De tal manera que, nada, quería aprovechar la ocasión para agradecer mucho, mucho, mucho a nuestros lectores, a los lectores de la *Biblioteca*, a las personas que en una cantidad enorme consultan día a día los diferentes volúmenes que están publicados, y, además, decirles que vamos a seguir siempre publicándolos, Dios mediante, en formato papel y en formato electrónico en la web, y que, bueno, en las próximas semanas tendremos, espero, algunas novedades importantes en torno a la difusión de la *Biblioteca de Arbitraje*, que creo van a beneficiar, en general, el que pueda ser consultada de una mejor manera, y también más difundida entre el medio arbitral peruano y extranjero.

Así que yo agradezco infinitamente y cedo, entonces, el turno a Piero, que es el moderador, para que pueda continuar este breve acto de presentación.

Muchas gracias.

**Piero Ordóñez:** Muchas gracias, doctor Castillo.

En ese caso, le damos el uso de la palabra al doctor Guilherme Recena.

**Guilherme Recena Costa:** Perfecto. Buenas noches a todos.

Es un gran placer ser parte de este evento, y quiero agradecer tanto al profesor Castillo como a la Universidad Católica por la amable invitación.

Uno de los grandes placeres de la práctica del arbitraje internacional es la oportunidad de colaborar con abogados altamente calificados fuera de su propia jurisdicción.

El Perú me ha brindado recientemente este placer en más de una ocasión, y también por el profesor Castillo, y por eso he tenido la suerte de echar un vistazo al sistema legal peruano.

Desde esta perspectiva un tanto única de un colega latinoamericano brasileño, como pueden escuchar por el acento, pero basado en Nueva York, y quiero compartir estos breves comentarios sobre la *Biblioteca*.

No sería nada nuevo decir que el Perú es una historia de éxito en el mundo del arbitraje. Éste es el caso, tanto a nivel internacional, donde vemos a muchos profesionales peruanos participando en importantes arbitrajes, tanto comerciales como de inversión, así como doméstico, como lo atestigua la experiencia del Centro de Arbitraje de la Católica.

Me atrevería a decir que en el Perú, como en tantos otros lugares, los tres grandes ingredientes que ponen la receta del éxito son el régimen jurídico formal, las instituciones legales y de arbitraje entre las cuales está el Centro de Arbitraje de la Católica, es una parte clave, y la cultura jurídica.

Es para celebrar este tercero de los ingredientes, la cultura jurídica del Perú, que nos reunimos esta noche para hablar de la *Biblioteca*.

Y, en particular, hay un aspecto de la cultura jurídica peruana, la fuerza de su producción académica que parece haber sido fundamental para el éxito de Perú y su proyección internacional en materia de arbitraje.

Si bien como miembros de un sistema de justicia transnacional, debemos esforzarnos por establecer ciertos denominadores comunes, también es cierto que la práctica del arbitraje, en el desarrollo de una sede arbitral, debe rendir atención a los aspectos singulares de una jurisdicción. O, de lo contrario, corre el riesgo de no ser aceptado el arbitraje por la comunidad local.

En otras palabras, como ocurre con todas las cosas que son esenciales, el arbitraje debe lograr un equilibrio entre lo universal y lo común y lo específico. Y, a mi modo de ver, es ahí donde entra la academia jurídica del Perú, en el sentido de que la adopción del arbitraje en el Perú, simplemente, no habría sido posible, si no fuera como resultado de los esfuerzos de la comunidad académica, para uno educar a legisladores, jueces, abogados de empresa, profesionales y otras partes interesadas en el desarrollo del arbitraje; y, segundo, adaptar mecanismos del arbitraje internacional a la realidad específica del Perú.

Y yo creo que es justo decir que ninguna iniciativa encapsula estos esfuerzos mejor que la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio del profesor Mario Castillo Freyre.

Bajo cualquier estándar, la *Biblioteca* es una colección extraordinaria, y también para nosotros que no estamos en Perú.

La colección se distingue, no sólo por la más alta calidad de sus publicaciones, sino también, primero, por su amplitud y exhaustividad. Segundo, la actualidad de los temas tratados, que son actuales, no sólo para una audiencia peruana, pero también para una audiencia internacional como nosotros.

Tercero, la amplia difusión de los escritos, como mencionaba el profesor, que también están disponibles por la web, y que es una ventaja para los que no estamos en el Perú.

Y, cuarto, también por el hecho de que la colección da espacio no sólo a abogados peruanos con más experiencia, sino también, y aquí hago un paralelo con el YAF, del que hablaba la colega anteriormente, a las muchas voces más jóvenes que provienen de la creciente y cada vez más grande comunidad arbitral en el Perú.

Así, ahora que llegamos al volumen 80 de la *Biblioteca*, sólo podemos expresar como observadores extranjeros, nuestro más profundo agradecimiento y admiración al profesor Castillo, por su mano firme en la coordi-

nación de este proyecto muy ambicioso e importante, y a la Católica por su apoyo editorial, con la esperanza de que tengamos, al menos, otros ochenta volúmenes por venir, en procesar.

Entonces, muchas gracias y perdón por mi español que no es tan bueno, pero muchas gracias, una vez más, por la invitación muy amable.

**Piero Ordóñez:** Muchas gracias, doctor Recena.

Continuando, le damos el uso de la palabra al doctor Julio Rivera.

**Julio Rivera Ríos:** Hola, muy buenas noches. Muchas gracias, Piero.

Bueno, muchísimas gracias por la invitación. Es un verdadero honor poder compartir el estrado con mi querido profesor Mario, la doctora Silvia Rodríguez y mi colega Guilherme.

Y, bueno, ahondando un poco más en lo que ya se dijo, el número 80 se dice fácil. Me gustaría hacer una breve reflexión sobre este tema.

El primer volumen fue publicado en 2006, lo que significa que el profesor, con la ayuda del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, ha logrado publicar, como él bien decía, más de seis volúmenes por año.

Reflexionamos por un momento lo que esto significa. O sea, además de asesorar legalmente a sus clientes en asuntos complejos, servir como árbitro en importantes disputas, ser distinguido catedrático de varias universidades y autor de cientos de publicaciones, incluyendo su *Tratado de derecho de las obligaciones*, que es un *must* para cualquier civilista, además de todo eso, en tan sólo trece años el profesor ha logrado consolidar una biblioteca de arbitraje de ochenta volúmenes.

Impresionante. O sea, el profesor es el Michael Jordan del derecho civil y del arbitraje peruano, y junto con su equipo: Verónica y Massiel, los Chicago Bulls de los noventas. Cualquier otra comparación no le haría justicia al profesor y su equipo, y tampoco a Michael Jordan y a los Chica-

go Bulls. Y los ochenta volúmenes son de libre acceso para el público. Así, el profesor y su equipo nos regalan a todos lo más valioso que tienen: su tiempo y conocimiento.

Las incontables horas dedicadas a la investigación, escribir y editar, que desinteresadamente nos entregan, demuestran su pasión y vocación por la enseñanza.

Pero este noble acto implica una responsabilidad para todos nosotros. Tenemos el deber de aprovechar al máximo los recursos literarios que el Estudio Mario Castillo y el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica ponen a nuestra disposición a tan sólo un clic de distancia.

Cada volumen de la *Biblioteca* invita a sus lectores a una conversación sobre los temas contemporáneos más importantes, y el volumen 80 no es una excepción. Dilemas éticos que enfrentan los árbitros, arbitraje de consumo, arbitraje comercial de inversión y contrataciones con el Estado, son algunos de los temas sobre los que, abogados de alto renombre de Perú, España, Colombia, Francia, Honduras y Guatemala, nos comparten sus reflexiones.

El volumen 80 resulta particularmente significativo porque aborda retos importantes que estamos viviendo todos, esto es, cómo lidiar con contratos con vicios de corrupción y los efectos de las investigaciones que sobre corrupción están teniendo en el arbitraje.

La corrupción nos afecta a todos: peruanos, brasileños, mexicanos, y su lucha es clave para el desarrollo de nuestros países. Nadie niega eso. Pero la lucha contra la corrupción no puede nunca, por ningún motivo, convertirse en una herramienta política que nuestros gobiernos utilicen para ganar popularidad o amordazarnos. Y la existencia de unas manzanas podridas, que merecen persecución, no puede, bajo ninguna circunstancia, traducirse en la presunción infundada de que el resto del frutero está igualmente descompuesto.

La comunidad arbitral peruana sufrió un embate, hace unos meses, de este tipo. Pero hubo una reacción inmediata de abogados, árbitros e instituciones arbitrales, tanto peruanas como internacionales.

El sentimiento de indignación y enojo era compartido por todos. Y ese sentimiento se vio plasmado en cartas de apoyo a nuestros colegas, y un impulso solidario de nuestro gremio, de todos unidos en contra de lo que sabíamos era una injusticia.

Aprendamos de esta experiencia, de la importancia de mantenernos unidos como gremio, sin importar fronteras, y tomemos al toro por los cuernos, como lo hace el volumen 80, discutiendo estos temas que nos conciernen a todos: abogados peruanos, mexicanos, brasileños, a todos.

Quisiera terminar agradeciendo al profesor Mario Castillo, a quien considero mi profesor, no por haber llevado su materia en la universidad, desgraciadamente no tuve ese gusto, sino por lo que me ha enseñado a través de sus publicaciones, de la experiencia de trabajar con él, y más importante aún, por lo que le he aprendido como persona.

Muchas gracias, profesor, y muchas gracias también al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica.

**Mario Castillo Freyre:** Piero, dame un minuto, por favor.

**Piero Ordóñez:** Doctor, adelante.

**Mario Castillo Freyre:** Quiero agradecer. Realmente me ha impresionado, estoy muy emocionado con las palabras y con las expresiones que tanto Guilherme como Julio han tenido sobre mí, sobre la *Biblioteca*, sobre nuestra Universidad Católica. Silvia, lamentablemente, no ha podido estar por un tema, un contratiempo que ha tenido, pero como profesor de la casa y como receptor de las palabras de ustedes, debo agradecerles muchísimo el gran esfuerzo que han hecho para poder estar presentes en esta reunión y, en lo personal, mi gratitud más profunda. Muchas gracias a ambos.

**Piero Ordóñez:** Muchas gracias, doctor Castillo. Muchas gracias, doctor Rivera y doctor Recena. Muchas gracias a los doctores por sus palabras y por su participación en este congreso.



**MESA N.º 6: «DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA NACIONAL  
BAJO EL MARCO DEL ACUERDO GOBIERNO A GOBIERNO»**

*Gustavo Paredes Carbajal* (moderador)  
*Jorge Valenzuela*  
*César Guzmán-Barrón Sobrevilla*

Ahora bien, continuando con nuestro programa, tenemos la mesa n.º 6, cuyo tema es «Desarrollo de la infraestructura nacional bajo el marco del acuerdo gobierno a gobierno».

El moderador de esta mesa es el doctor Gustavo Paredes Carbajal, quien es socio fundador del Estudio NPG Abogados, y, asimismo, como ponentes de esta mesa tenemos al doctor Jorge Valenzuela, quien es director del UKDT for Peru Reconstruction Program y al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, quien se desempeña como árbitro y docente de derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Asimismo, se encuentra el doctor Carlos Núñez, quien es socio del Estudio DLA Piper, y el doctor Luis Humberto Arrese Orellana, quien es *general counsel* de Cosapi S.A.

El moderador indicará a cada ponente el tiempo que le corresponde, siendo la coordinación técnica quien se encargará de controlar éste.

Por último, les recordamos a los participantes que las preguntas se les hará exclusivamente a través del icono preguntas y respuestas que encontrarán en la parte inferior de la pantalla.

En ese sentido, damos uso de la palabra al doctor Paredes Carbajal.

Por favor, doctor, encienda el micrófono.

**Gustavo Paredes Carbajal:** Muchas gracias, Piero. Muchas gracias a todos ustedes y muy contento de estar aquí con todos compartiendo este congreso.

En este último panel abordaremos el tema más saltante y de actualidad en la contratación estatal para la infraestructura de los últimos años, resultante de la atención de dos fuerzas presentes en la contratación pública.

Por un lado, la rigidez, muchas veces incomprensible de un régimen general, y, por otro, la excepcionalidad de la regla, como una respuesta natural de la evolución del proceso de contratación.

Si hace décadas atrás los peruanos hubiésemos podido vaticinar que este proceso de transformación de los convenios GtoG aplicados para infraestructura, traería importantes resultados para los fines que fueron propuestos, imaginémoslo lo que significará en la atención urgente de la necesidad pública.

Y en el cierre de la gran brecha que mantenemos en el país. El crecimiento económico del Perú, sin duda, hoy tendrá un impulso importante.

El salto cualitativo de esta transformación de contratación estatal ha sido tan evidente en el Perú, que hoy concentra la atención, no sólo de países de la región, sino también la atención de países del mundo para convertirse —espero yo— en el nuevo *hub* de inversión.

Este específico régimen de excepción aplicado al desarrollo de infraestructura, fue la respuesta más adecuada a la incapacidad de la norma general de contratación pública peruana para atender los *drivers* de tiempo que requieren los grandes y complejos proyectos, respetando siempre, por supuesto, los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.

La participación de los gobiernos del Reino Unido, de Corea del Sur y Francia garantizan la transferencia del conocimiento que permita romper la inercia y crecer como país.

Este proceso de transformación generó desafíos importantes para la ejecución del proyecto en los Juegos Panamericanos, pero también generará otros desafíos muy particulares para la construcción o para los proyectos de la reconstrucción con cambios, para la construcción del Aeropuerto de Chincheros, para la ejecución de los proyectos de los hospitales Antonio Lorena en Cusco y de Sergio Bernales en Lima, así como también los anunciados proyectos de las Líneas 3 y 4 del Metro, la Carretera entral, la infraestructura educativa comprometida, obras hospitalarias y obras de saneamiento que fueron anunciados por el gobierno.

Lo que me queda claro es que todos estos proyectos asentarán en el país la utilización de un diseño de relación colaborativa intensa. Experimentaremos ahora las buenas prácticas, así como también la incorporación de los principios de *value for money* y *fit-for-purpose*.

Y, finalmente, asentarán la operatividad de la junta de resolución de disputas. Y éstos son los temas que vamos a desarrollar con nuestros panelistas.

Mi nombre es Gustavo Paredes y muy contento de cerrar esta conferencia con la participación de Jorge Valenzuela de UKDT Peru Reconstruction Program, árbitro y docente de derecho de la Universidad Católica, Carlos Núñez, socio de la firma DLA Piper y Humberto Arrese, *general counsel* de Cosapi S.A.

Cada panelista contará con, aproximadamente, trece minutos para su presentación, y al término terminaremos con una ronda de preguntas.

Pues, bien, damos pase, entonces, a Jorge Valenzuela, quien va a desarrollar, justamente, los desafíos de la aplicación de los convenios GtoG en los Panamericanos, y para los nuevos proyectos.

Adelante, Jorge.

**Jorge Valenzuela:** Gustavo, muchas gracias. Y muchas gracias por la invitación.

Pues, mi nombre es Jorge Valenzuela, yo no soy abogado. Yo soy ingeniero civil, graduado de la Universidad Católica del Perú, aunque, pues, me he pasado ya casi los últimos veinte años trabajando en el extranjero y regreso ahora muy contento a mi país para aportar lo que he aprendido afuera.

Y, para responder justamente esta pregunta sobre los desafíos, yo quisiera primero tener un poco un marco teórico sobre cuáles son los beneficios de los contratos gobierno a gobierno.

Y yo creo que los beneficios hay muchos, pero quiero centrarme en tres que considero que son muy importantes.

Y uno es, el primero es para mí el incremento de la capacidad del sector público para llevar a cabo programas de infraestructura de mucha envergadura.

Y este incremento de capacidad se centra, básicamente, en dos ejes. El primer eje es el movilizar, el ensamblar un equipo de expertos, en este caso, un equipo de expertos internacionales en un muy corto espacio de tiempo.

Y el segundo es la transferencia de conocimiento y la capacitación que este equipo va a hacer a la autoridad, a la entidad gubernamental que está llevando a cabo el programa.

En países como el Reino Unido o Estados Unidos, pocas son las agencias gubernamentales que tienen estos equipos en casa para llevar adelante estos proyectos.

La razón es muy sencilla. Los proyectos de infraestructura de gran envergadura no suceden cada año. Cada uno de ellos, pues, tienen pe-

ríodos de tres, cuatro o cinco años de diseño, construcción y ejecución, y son programas, pues, que demandan miles de millones de dólares y una agencia gubernamental no tiene la capacidad monetaria para, pues, sacar varios proyectos al mismo tiempo, o cada tres, cuatro años de estar sacando proyectos de estas características.

Las agencias gubernamentales, al menos, en Gran Bretaña y en Estados Unidos, por ejemplo, no están centralizadas. No existe un Ministerio de Transportes que controle, por ejemplo, absolutamente, todas las carreteras del país. No funciona de esa forma.

Entonces, mucho de este trabajo de gerencia, llámese PMO, llámese gestión de programas y proyectos, Program Project Management, mucho de esto se terceriza.

Este conocimiento, entonces, está en el sector privado y lo que el gobierno a gobierno nos permite, es movilizar gente que ya tiene experiencia en este tipo de programas, gestionando este tipo de programas, movilizarlos muy rápidamente para que empiecen a ejecutar el programa de la reconstrucción con cambios.

El otro eje es la transferencia de conocimiento y la capacitación. Siempre nosotros manejamos, para el tema de transferencia de conocimientos, manejamos un tema muy claro para la capacitación de nuestros propios empleados. Y es que el 80% de lo que uno aprende lo aprende trabajando, lo aprende haciendo las cosas.

Entonces, el hecho de que nosotros, como equipo del Reino Unido, estemos trabajando de la mano, juntos con el equipo local de la autoridad para la reconstrucción con cambios, nos lleva a que realmente esto es una oportunidad muy grande para formar los próximos directores de proyecto, directores de programa, gerentes de proyecto, gerentes del programa que el Perú necesita como país para, justamente, desarrollar todos esos proyectos de infraestructura y cerrar la brecha de infraestructura que el país necesita.

La mejor forma de aprender es haciendo las cosas. La gerencia de programas es una carrera multidisciplinaria. En mi caso, por ejemplo, vengo, pues, con una experiencia técnica, soy ingeniero, hice diseño, hice construcción, luego saqué mi MBA y me dediqué mucho tiempo a la parte comercial, gestionando activos.

Entonces, esta experiencia, digamos, requiere saber un poco de ingeniería, saber un poco de construcción, de procura, gestión de riesgos, un poco de la parte legal, pero sobre todo mucho de estrategia, liderazgo y negociación. Y esto, otra vez, se aprende en el día a día, se aprende haciendo. Ése es el primer punto, entonces, el incremento de la capacidad.

El segundo punto que quería mencionar es la flexibilidad en los modelos de procura y contratación.

Ya hemos realizado varios *road shows* para los paquetes de contratación que vamos a sacar al mercado. Probablemente, algunos de ustedes ya lo han visto; el sistema está estructurado donde vamos a tener precalificaciones abiertas a todo el mundo. De esas precalificaciones vamos a invitar a cuatro, cinco, seis empresas a que nos presenten una propuesta, y de esas empresas vamos a seleccionar una que no va a ser la más barata; va a ser la que agregue más valor.

Y, en forma adicional, vamos a utilizar contratos estándar tipo NEC, y en muchos de los casos vamos a utilizar la contratación de tipo F, que es, básicamente, el tipo de contratación de obras por administración en Perú.

El gobierno a gobierno, entonces, nos permite acelerar los procesos de contratación, en comparación, por ejemplo, al reglamento nacional de contrataciones del Perú. ¿Por qué primero? Porque el marco legal nos permite usar los sistemas del Reino Unido.

Segundo, porque hay un gobierno extranjero y un equipo de expertos extranjeros, garantizando que van a usar exactamente los mismos procesos que se usan allá, los vamos a aplicar en el Perú.

Y, finalmente, porque el equipo es un equipo fuerte, es un equipo reforzado para poder gestionar los riesgos que algunos contratos que, probablemente, a nivel gubernamental se considerarían más riesgosos, como, por ejemplo, los contratos por administración se puedan gestionar en forma adecuada.

Entonces, la flexibilidad yo creo que es otro de los factores fundamentales para los contratos gobierno a gobierno.

Y, finalmente, está el tema de la transparencia. Tenemos un gobierno extranjero garantizando que los procesos van a ser lo más transparente posible.

Es fácil de decir. Yo creo que en la práctica ya lo hemos visto en los Panamericanos, y yo creo que lo vamos a ver acá también.

Realmente, para la empresa que yo represento, por ejemplo, nosotros somos, básicamente, en Perú seríamos una cooperativa. No tenemos ningún dueño detrás nuestro a quién responderle, entonces, lógicamente, para nosotros lo primero, nuestro activo fundamental, el que tiene más valor, es nuestra reputación, y no la vamos a arriesgar y no la arriesgamos por nada.

Estamos en un contrato muy grande, pero lógicamente, sabemos que representamos al gobierno británico, y, pues, no nos vamos a arriesgar a que nuestro equipo, ni ninguno de los miembros de nuestro equipo entre en algún esquema raro o extraño o, simplemente para favorecer a alguien. En eso, en este caso, digamos, está totalmente descartado.

¿Cuáles son los desafíos que enfrentamos? Yo creo que el primero es, justamente, educar al mercado local en nuevas formas de procura y contratación.

Hay varios factores locales, varios contratistas locales que participaron en los Juegos Panamericanos que ya conocen el sistema.

Además, muchas de estas formas de contratación, si bien es cierto, en contratación pública con el gobierno del Perú, no se realizan, pero en el sector privado sí se ven contratos por administración, por ejemplo.

Entonces, ya hay un grupo de contratistas que conocen esto, que conocen, digamos, estos procesos, que conocen cómo se hace.

Sin embargo, todavía nos falta llegar a muchos más. Les hemos dicho, hemos dicho en los *road shows*, lo sigo repitiendo: queremos trabajar con todos, queremos que vengan, es un programa muy grande; hay mucho trabajo. No necesitan formar parte del sistema nacional de contratistas. No necesitan inscribirse en ningún registro. No nos vamos a ir con el más barato. Sin embargo, hay todavía algunos que vienen y nos preguntan: «Es que la valla está muy alta. Es que, si continúan así, van a hacer siempre lo mismo. Pues, bajen la valla».

Y esa reiteración, pues, nos lleva a nosotros a saber que tenemos que educar un poco el mercado. No podemos bajar la valla; bajaremos la valla para lo que sea adecuado, pero bajar la valla para que entre todo el mundo no se puede, porque tenemos que garantizar que los contratistas que hagan esto, puedan cumplir; que tengan la capacidad técnica y que tengan la capacidad financiera para llevar a cabo estos proyectos.

Y eso, lógicamente, nos lleva a poner requerimientos mínimos. Esos requerimientos mínimos, de todas maneras, se van a diseñar de acuerdo a cada paquete de contratación, pero, definitivamente, tiene que haber ciertos requerimientos.

Otro de los desafíos que tenemos es el tema predial y los temas sociales. ¿Por qué? Por un simple hecho. En UK, en Estados Unidos no se empieza un proyecto si no se tiene terreno.

Muchos proyectos fracasan al inicio porque no se puede convencer a la comunidad que apoye el proyecto o, en todo caso, luego uno se da cuenta de que los costos de adquisición de predios, los costos de ubicación de

interferencias, las inversiones en temas sociales o temas medioambientales pueden ser tan elevados, que hacen un proyecto económicamente inviable.

Aquí estamos en un caso, lo sabemos, que estamos llegando y que, probablemente, vamos a tener que lidiar con el tema de predios. Vamos a trabajar juntos en esto para solucionarlo de forma equitativa, y atender, lógicamente, lo que las comunidades necesitan.

Otro tercer punto es el tema de sostenibilidad y resiliencia. Queremos dejar un legado para el Perú y eso pasa porque el Perú adopte, poco a poco, pero los adopte, al fin y al cabo, estándares internacionales.

Tenemos reglamentos muy buenos, que son basados en reglamentos internacionales. Es, básicamente, reglamentos en normas estadounidenses, pero las normas que tenemos solamente valen para edificaciones de vivienda.

Entonces, tenemos que ir más allá y ver qué otras normas hay que podamos adoptarlas en el Perú.

Y, segundo, la buena práctica internacional que en el Reino Unido, en Estados Unidos, nosotros cuando diseñamos y construimos algo, no lo hacemos para el mínimo que dice en las normas. La buena práctica es hacerlo para más.

Les cuento un caso, las normas americanas, por ejemplo, hace algunos años decían que los puentes largos, esos puentes inmensos que ven que se construyen, a veces, para cruzar ríos muy grandes o mares que, pues, las normas americanas dicen que se deben diseñar para setenta y cinco años de vida. La buena práctica acá es que se diseñan para siempre.

Entonces, lógicamente, cuesta un poco más, pero es la buena práctica. Y, luego, eso conlleva, pues, que a largo plazo, digamos, siempre el Estado y la nación reciben un activo que es mejor.

Y, finalmente, el último punto, el último desafío creo que es la innovación. La industria de la construcción ha permanecido por muchos años un poco rezagada en la adopción de tecnología de *software* de temas digitales.

Nosotros mismos, las empresas que estamos en UKDT, estamos pasando ese proceso de convertirnos, de adoptar todas las herramientas digitales para diseñar, para construir, para operar activos de infraestructura; está en nuestros contratos, queremos dejarlo como un legado para Perú, y estamos diciéndole al gobierno peruano:

Miren, les estamos trayendo cosas que a nosotros nos ha costado millones de millones de pagos, de millones de libras esterlinas, millones de dólares desarrollarlas. Les estamos trayendo toda esa experiencia para que Perú pueda liderar en materia de herramientas digitales, la industria de ingeniería, infraestructura y construcción en América Latina. Pero, por favor, trabajemos juntos. Hagan un esfuerzo para entendernos y apoyarnos en esto. Sabemos que tenemos que sacar estos hospitales, estas escuelas, estas defensas ribereñas, pero también, además de eso, dejemos un legado que perdure en el Perú y en el tiempo.

Muchas gracias.

**Gustavo Paredes:** Muchas gracias, Jorge.

Muy interesante tu posición, fíjate lo importante que sería que la transferencia de conocimiento se asiente tan fuertemente en nuestro país y podamos tener, ya no tercerizar PMO, sino tenerlas como oficinas internas en cada una de las entidades.

Gracias.

Ahora quiero darle pase a César Guzmán-Barrón. César nos va a comentar «haciendo un análisis comparativo entre la Ley de Contratación versus la Ley Especial para la reconstrucción con cambios, y yo quisiera motivar la conversación con mi amigo César y preguntarle: «César, ¿no te

parece agobiante para la eficiencia, para la ejecución de los proyectos de la Ley de Contrataciones del Estado?

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Muchas gracias.

Yo tengo una presentación que quisiera compartirla, porque nos ayuda a ver esta comparación que me encantaría compartir con ustedes.

Quisiera mencionar antes de eso que, efectivamente, estamos frente a retos, frente a desafíos.

Entre ellos está algo que lo ha señalado hace un momento, Gustavo, que es esta excepcionalidad de la regla y voy a tratar de mostrar en qué consiste esta excepcionalidad.

Y otro desafío que me parece que muy bien ha señalado también hace un momento Jorge Valenzuela, es el relativo al que yo llamaría viabilidad social del proyecto, porque una cosa son los Panamericanos, y otra cosa es construir en quince cuencas, en tres quebradas, tres drenajes en ciudades, etc., donde, efectivamente, hay poblaciones asentadas, donde, de repente, sea necesaria la consulta previa, donde, de repente, es necesario el reasentamiento, donde, de repente, es necesaria la expropiación.

Por tanto, hay retos adicionales que tienen que ver con que la comunidad acepte, sobre todo en la parte de construcción.

En la parte de reconstrucción, probablemente, la situación no sea tan difícil porque estamos hablando ahí de hospitales, de centros de salud y de colegios que se van a construir, y a buena hora, la comunidad estará feliz de que se construya. Pero, cuando nos encontremos frente a estas nuevas obras, por decirlo así, que, efectivamente, van a tener beneficios para la comunidad, el proceso de convencimiento, de conocimiento, y yo diría, de obtener una vida social, es todo un reto.

Yo quería brevemente hablar de esta excepcionalidad, señalando en la siguiente vista, por favor, este procedimiento de contratación.

Lo voy a hacer muy rápidamente porque prefiero hablar más de los temas específicos. Pero acá lo único que quisiera ver con ustedes rápidamente es en qué consisten estos plazos acelerados o *fast track* que establece esta legislación.

He comparado las etapas; la planificación y programación de ideas, en el caso de Ley de Contrataciones del Estado, los que me escuchan saben perfectamente que se comienza por la etapa estatal, el presupuesto inicial, quince días hábiles, plan anual de contrataciones SEACE.

En el caso de la Ley de Reconstrucción con Cambios es más una expresión de interés y la presentación de las consultas técnicas y absoluciones, y luego va, evidentemente, también al SEACE inmediatamente.

En la siguiente vista podemos ver la segunda etapa, que tiene que ver con los actos preparatorios.

Acá son muy parecidos. Luego voy a hacer una pequeña referencia al tema de los plazos en relación a estos temas, pero acá, como ustedes ven, hay requerimientos, con relación a requerimientos: comité de selección. Esto lo saben muy bien mis amigos abogados aquí presentes, como ojalá hubiera constructores presentes.

Y el procedimiento especial implica requerimiento, aprobación y comité de selección también. O sea, muy parecido.

Siguiente paso, siguiente etapa, por favor.

En la etapa de selección ya empezamos a encontrar diferencias.

Y es ya la etapa en que comienza lo que los ingleses llaman la procura y he escuchado permanentemente este término, incluso ahora Jorge lo acaba de utilizar.

Estamos hablando en el caso de la Ley de Contrataciones del Estado, la convocatoria, el registro del participante, consultas, absoluciones de con-

sultas, integración, presentación de ofertas, evaluación, buena pro, consentimiento. Todo esto ustedes lo conocen muy bien, pero ustedes ven que aquí hay nueve pasos a la izquierda y a la derecha sólo hay cinco. Y, además, los días se recortan muchísimo más: convocatoria en dos días, registro de participantes al día siguiente, absolución al día siguiente, presentación de ofertas y evaluación, técnicas económicas y otorgamiento de la buena pro de inmediato y consentimiento en los cinco días hábiles.

Luego haré una comparación entre ambos para que veamos la larga diferencia que hay.

Y en la cuarta etapa, finalmente, que es de ejecución, en la siguiente vista, por favor, vemos que en la Ley de Contrataciones del Estado ya entramos al perfeccionamiento del contrato. Todos sabemos que es todo un momento, que se pone la buena pro, el postor ganador, la notificación de las observaciones al postor, sumisión del contrato, ejecución contractual y conformidad, que es más que conformación; hay un error en el término.

Pero, yo quisiera acá anotar lo que Gustavo decía hace un momento. Él hablaba del terrible tema que tenemos con la Ley de Contrataciones del Estado, que está llena de normas, modificaciones permanentes, etc., etc., porque a veces creemos que con la sobrerregulación vamos a controlar. Eso no controla. Eso lo que hace es: exaspera al operador, al constructor, y, precisamente, lo que nos está presentando esta oportunidad brillante de aprendizaje con el sistema de la autoridad de reconstrucción con cambios y con lo que nos pueda mostrar el gobierno inglés, en este caso, con estos expertos, es lo diferente que lo vamos a ver dentro de un momento.

Tenemos el perfeccionamiento del contrato, la buena pro en cuatro días, etc., etc., pero yo quisiera que ustedes pudieran ver la comparación de plazos, que me parece que es lo más interesante.

En la primera etapa que todos conocemos, que es la etapa de planificación y expresión de ideas, el procedimiento normal es de no menos de veinte días hábiles, tanto en la etapa de programación como planificación.

En cambio, en la reconstrucción con cambios, sólo hay una etapa de expresión de ideas, es decir, se reduce la etapa y se convierte en llegar a un máximo de cinco días hábiles. Con lo cual ya tenemos quince días diferentes en esta aceleración del proceso.

En los actos preparatorios no hay tanto cambio, pero sí se va a dar en la práctica, de acuerdo ya como en la experiencia que se está empezando a tener en los proyectos, sobre todo de soluciones integrales, que han sido ya presentados al público, como todos sabemos.

En la siguiente vista, comparando plazos, podemos ver cómo se presenta y es mucho más interesante en la etapa de selección.

El procedimiento normal es de diez días hábiles para formular consultas y siete días hábiles para absolverlas, si es que esto se produce en la práctica, y no establece plazo para el resto de pasos.

La etapa estaría durando un promedio de treinta días como mínimo o más, y ustedes, que tienen la experiencia diaria, los que me están escuchando, sobre todo los que trabajan como abogados o como constructoras, que son, precisamente, los que están aquí presentes como abogados peruanos, saben que estos treinta días son una formalidad. En la práctica es muchísimo más.

Y la reconstrucción con cambios, desde la convocatoria hasta la presentación de la consulta, el plazo máximo es de dos días, y en ese mismo acto se da solución, absolución a las consultas y se procede a la integración y publicación de las bases. Eso parece inimaginable, pero así es.

Luego viene la presentación de la oferta, evaluación de la buena pro, todo en un solo acto. Es decir, *fast track* de inmediato. Rapidez, agilidad.

Entre la convocatoria y la buena pro no deben pasar más de ocho días, y el ganador debe manifestar su consentimiento en un plazo máximo de cinco días.

Es decir, para toda la etapa de selección, se da entre ocho o doce días máximo. Menos de la mitad que formalmente se establece para la etapa de selección en la Ley de Contrataciones del Estado.

Y en la cuarta etapa es ya la etapa de ejecución, encontramos que el procedimiento normal para el perfeccionamiento del contrato, de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley de las Modificaciones la llamaría yo, que cada día esperamos a ver qué saldrá en El Peruano: alguna nueva modificación de la ley, la duración mínima es de diecisiete días hábiles para efectos del perfeccionamiento del contrato.

En reconstrucción con cambios, la etapa, o sea, en el programa de reconstrucción es de cinco días hábiles. Es decir, respecto a estos plazos ya tenemos una absoluta diferencia, diecisiete a cinco días, y respecto a los plazos de ejecución del contrato, evidentemente, va a depender del tipo de contrato que se suscriba, que muy bien ha señalado Jorge Valenzuela, que se utilizará estos nuevos contratos NEC y estos tipo EFE, que, evidentemente, agilizarán mucho más el sistema.

Aquí quisiera detenerme un momento para que ustedes puedan advertir que nos encontramos con plazos muy reducidos, con plazos realmente reducidos, y que ésto significa eficiencia, que es uno de los retos fundamentales que hay que demostrar y acreditar a lo largo de este proceso.

Yo creo que es muy importante que los abogados se especialicen en estos campos para que asesoren adecuadamente a las empresas constructoras; y, sobre todo, las empresas constructoras que ya tengan la experiencia en el caso de los Panamericanos, sepan que esto sí es posible a través del famoso MPO, que tanto se ha mencionado, y que va a permitir gestionar adecuadamente los riesgos que esto significa.

Pero riesgos los hay, y hay que tener en cuenta, además, otras consideraciones que la ley propia, la Ley de Reconstrucción con Cambios, ha dado, en particular, y estamos hablando en este caso en especial, de los procedimientos administrativos.

Establece la norma vigente, para el caso de RCC, el procedimiento administrativo no debe durar más de siete días hábiles. Y algo que no he mencionado: los procedimientos son gratuitos. Es decir, algo también inimaginable.

Y, en segundo lugar, la simplificación de procedimientos se da en una serie de pasos que se siguen normalmente en una obra de construcción. Ya no estoy hablando de los Panamericanos; una obra de construcción en el norte peruano; una obra de reconstrucción en Piura, en Tumbes, en Cañete, en todas las ciudades donde ya se está.

Ya se han presentado, para que ustedes tengan una idea, y esto lo saben más de mil doscientos participantes, en el primer paquete de proyectos de soluciones integrales para el río Tumbes, para el río Leche, para el río Motupe, para el río Casma, para el río Huarmey, para el río Cañete y ya para una de las quebradas que es en la semana, la quebrada de San Ildefonso; y ya se viene hacia adelante el anuncio de una próxima convocatoria para el plan integral de Piura, y en el drenaje en la ciudad de Piura, y el drenaje en las ciudades de Talara y Sullana.

¿Cuál es la idea? La idea es que frente a estas situaciones que embargan a nuestro país, y es que cada vez que viene un fenómeno de El Niño, tengamos adaptados sistemas que permitan reconstruir con eficiencia y producir soluciones integrales que impidan que el agua se convierta en más que un amigo, un enemigo por efectos de inundación.

Solamente quisiera detenerme en dos procedimientos. Sin embargo, podría explicarles todo porque los he analizado para poder, precisamente, compartirlo con ustedes.

¿Cómo cambian los procedimientos?, que ustedes, probablemente, los que me escuchan, o han vivido o han sufrido. Y que no me refiero al procedimiento en sí, que es válido. Todos respetamos el medio ambiental; nos parece que son fundamentales los estudios de impacto ambiental, pero en un procedimiento normal, un estudio de impacto ambiental no dura para

obtenerlo, evaluarlo y aprobarse, no menos de ciento veinte días hábiles. Y esto lo sabemos perfectamente.

Y, en cambio, en el caso del procedimiento especial para la reconstrucción con cambios, este sistema, precisamente, de agilización, mediante el Decreto Supremo n.º 015-2018 —no voy a citar más normas porque nos va a complicar más la vida; lo puedo hacer si me preguntan— se ha establecido para situaciones de reconstrucción, o sea, para lo que es colegios y hospitales, solamente la entrega de un formato de acciones para efectos de evaluar e implementar medidas de control e investigación ambiental.

Y en el caso de intervenciones de construcción, se ha creado una figura especial que se llama Igapro, el instrumento de gestión ambiental, y evaluado y aprobado durante el período de elaboración del expediente técnico.

Es decir, durante el período del expediente técnico se evalúa. En cambio, el formato de acciones se lleva ya a la etapa de ejecución.

Esto habrá que aprenderlo, habrá que conocerlo, habrá que dominarlo para poder realmente hacer una gestión eficiente en el caso de la defensa del medio ambiente, en el cual todos estamos.

El siguiente ejemplo que quiero dar está relacionado al famoso CIRA, es decir, cuántos casos, y yo soy árbitro, lo que he vivido, los estoy viviendo, nos encontramos y nos enfrentamos con que, de repente, la obra, al momento de empezar a reconstruir, se encuentran con un resto arqueológico.

En el Perú no es extraño, y en el norte, menos aún, donde se van a realizar las grandes obras de reconstrucción con cambios.

¿Y qué sucede en el caso particular peruano? En la elaboración del CIRA y la aprobación del mismo, el plazo mínimo de veinte días. Y en la aprobación del programa de monitoreo arqueológico es de diez a veinte días. ¿Qué sucede en el procedimiento especial?

Primero, en el caso de intervenciones de reconstrucción, se establece un procedimiento simplificado, que se llama de «acompañamiento del Ministerio de Cultura», y en el caso de construcción, es decir, soluciones integrales, se dispone la implementación de un procedimiento simplificado que se llama «plan de monitoreo arqueológico», que demora, evidentemente, muchísimo menos tiempo. Pero, eso no significa que no se haga, y esto no quiere decir que no se genere, y quisiera la siguiente vista para un poco ir cerrando mi presentación, que, lamentablemente es corta por razones de tiempo, porque yo quisiera hacer este par de afirmaciones.

Los requisitos básicos, los trámites, los principios, aquéllos que ha muy bien señalado hace un momento, me parece que Gustavo o Jorge, la transparencia, el principio fundamental de flexibilidad, los principios de respeto que se señalan en la Ley de Contrataciones del Estado, se mantienen plenamente vigentes en este sistema.

Éste no es un sistema de trámite rápido por tramitarlos. Sin embargo, como ustedes pueden advertir, se disminuye considerablemente los plazos, dada la urgencia del atender las necesidades de la reconstrucción y las contribuciones que prevengan nuevos desastres.

La pregunta que me hago y que les dejo a ustedes es ¿será una experiencia producto de la herencia que se reciba de estos conocimientos trasladados por los ingresos, que permita evaluar, si es posible considerar alguna de estas medidas en los procedimientos de construcción, en general, en el Perú? ¿Estaremos imaginándonos? ¿Estaremos en el país ideal si es que estas normas se incorporan, más bien, en la Ley de Contrataciones del Estado del Perú? No solamente en obras de interés y de urgencia nacional, como bien se ha citado hace un momento, como es el caso del Aeropuerto de Chinchero o la Línea 3 sobre la Carretera Central o los hospitales.

Sin embargo, quisiera terminar señalando que aquí habrá innumerables retos, porque no es lo mismo construir los Panamericanos, que construir las soluciones integrales.

Habrá necesidades de expropiar, hay una legislación especial para eso; habrá necesidades de reasentamiento, hay una legislación especial para eso; habrá necesidades, en algunos casos, de consulta previa, porque hay comunidades indígenas que podrían ser requeridas de consulta previa.

Es decir, la viabilidad social será un gran reto y estoy seguro que trasladando la experiencia inglesa y la experiencia nuestra también, pues, como bien señaló nuestra directora del Centro de Arbitraje actual, es decir, Marlene Anchante, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, ha sido contratado como consultora para, precisamente, emprender su experiencia en la solución de los problemas sociales que se puedan presentar y permitan aquello que me parece fundamental.

No solamente viabilidad técnica, no solamente de viabilidad económica, sino también viabilidad social de los proyectos. Ése es el gran reto. Espero que así sea y que los peruanos aprendamos, de una vez por todas, que es posible hacer obras a tiempo sin corrupción y a costos adecuados.

Muchísimas gracias.

**Gustavo Paredes Carbajal:** Muchas gracias, César. Excelente tu presentación. Creo que coincido contigo en que nos quedan grandes retos y desafíos.

Gracias, César.

Ahora, damos a dar paso a Carlos Núñez, quien nos va a comentar sobre los modelos de contrato de colaboración para el desarrollo de proyectos de infraestructura.

Coméntanos, Carlos, la experiencia en la utilización de contratos de construcción colaborativos, en el desarrollo de infraestructura y cuánto y cómo podrían contribuir este tipo de contratos en el desarrollo de la infraestructura de uso público en el Perú los siguientes años.

**Carlos Núñez:** Gracias, Gustavo.

Buenas noches con todos.

Sí, el corto tiempo creo que nos fuerza a tratar de centrarnos en algún tema específico, y el tema que a mí se me ocurría, a propósito, pues, de los contratos de colaboración, colaborativos de construcción para reducir la brecha de infraestructura, era cuánto podíamos usarlo para el desarrollo de infraestructura de uso público.

Yo quería comenzar contándoles una anécdota real, un arbitraje que tuvimos en un caso de concesiones, donde se multó al concesionario por un incumplimiento en el plan de desvíos que había que hacer una serie de desvíos para que los autos circulen, mientras hacían intervenciones en medio de la ciudad de un proyecto que sigue en marcha. Y la multa era, pues, porque se había incumplido con la señalización adecuada, y la señalización adecuada incumplida era un cartel de un total de más o menos mil quinientos carteles. Era en una intersección estratégica y, bueno, cuento corto, el supervisor se dio cuenta de que faltaba el cartel, fue, tomó una foto. A los tres, cuatro días tomó otra foto. Cinco días después tomó otra foto, y a los sesenta días, más o menos, comunicó, mandó una carta diciendo: «Por si acaso, te faltó un cartel. Sesenta días: tienes sesenta días de multa».

Entonces y esto lo volvió a hacer alguna vez, y con la explicación del concesionario era: «Bueno, es que yo puse el cartel, pero se lo robaron. Lo volví a poner, se lo volvieron a robar, y la verdad es que, al final, yo pensé que estaba ahí».

Cuento corto, el tribunal emitió un laudo muy particular que era un poco, llamaba un poco, digamos, a la metodología como había sido impuesta la penalidad, y le decía a la supervisión y al concedente: «Ustedes no avisaron al concesionario que faltaba el cartel. Fueron acumulando penalidades, penalidades, penalidades y no había cartel. Y la finalidad del cartel, obviamente, era evitar o avisar a los conductores que había una intersección peligrosa y había una obra ahí. Entonces, más parecía que estaban interesados en penalizar al concesionario, que en que esté el cartel».

Así que, finalmente, como la falta se había cometido, el tribunal no pudo dejar de aplicar la multa, pero la redujo a la cuarta parte, en aplicación de una disposición del Código Civil, que permite al juzgador reducir la multa si la prestación está esencialmente cumplida, y además si, digamos, el obligado había sido diligente, y en este caso, la otra parte no había sido diligente en comunicarlo.

Entonces, qué disociadas las conductas respecto del objeto central, que es que esté el cartel, que el contrato funcione. Yo prefiero ser adversarial y penalizar.

Entonces, esto me llama la atención y es exactamente lo que no queremos. Es exactamente lo contrario en contratos de colaboración.

Revisé el nuevo modelo de contrato de APP que ha publicado ProInversión, y la verdad es que sigue siendo un tanto adversarial. O sea, ese contrato que va a ser sustancial para el desarrollo de infraestructura mediante APPs, infraestructura pública en los años siguientes, no contiene cláusulas, digamos, de incentivos de colaboración.

Mejóro, sin duda, en la parte de bancabilidad, lo ha hecho un equipo supercompetente que conozco muy bien de abogados locales y extranjeros, y se han enfocado en la parte de bancabilidad en el proyecto, pero no han puesto, tal vez, tanta atención en la parte de construcción y en cómo generar incentivos para que el concesionario tome medidas, contrate contratistas adecuados y establezca un verdadero proceso de colaboración con el Estado, al final es una APP (asociación público-privada, colaboración público-privada). Me llamaba la atención un poco eso.

Y en el otro extremo, a ver, veinte años atrás, el informe EGAN, el EGAN Report, que encargó el *prime minister* inglés a un grupo especializado de construcción, un *task force*, llegó a la conclusión de que en Inglaterra, digamos, esta coexistencia entre propietarios y contratistas iba siendo cada vez más íntima, al punto de que decían «en algún momento ya no vamos a necesitar contratos de construcción, porque la dinámica y los usos son tan naturales que van a hacer que los contratos sean obsoletos».

Ése es el otro extremo, este informe EGAN tuvo varias críticas, incluso en Inglaterra, pero, obviamente, sería inaplicable en el Perú.

Entonces, llegamos aquí a un punto un poco más intermedio, que es, pues, el de los contratos colaborativos que han funcionado en el Perú y que funcionaron bien en la experiencia de los Panamericanos, y que diríamos que, en general, podrían ser descritos como contratos que proveen mecanismos que normalmente se usan con organizaciones, organizaciones que toman como propietarios y organizaciones contratistas. O sea, un contratista con una organización compleja, que tiene que interactuar de manera compleja con la organización propietaria.

Suele ser así, y generan incentivos para trabajar juntos de manera proactiva, administrando de manera conjunta los riesgos del contrato. Eso es muy importante, con la intención de establecer un objetivo común, que es la conclusión efectiva del proyecto de forma eficiente, promoviendo la innovación y la mejora constante en la ejecución. En el propio proyecto y a veces con la experiencia aprendida de proyectos anteriores.

Características típicas algunas de los contratos de colaboración. Como lo comentaban hace un rato, priorizan el *value for money*, que es lograr resultados eficientes que generen beneficios superiores a la inversión. No es lo más barato, lo dijo Jorge al comienzo. No vamos por el más barato. *Value for money* no significa pagar menos, significa obtener mejores beneficios en comparación a la inversión realizada.

Finalmente, si la inversión sube un poco, pero la rentabilidad social, hablando de proyectos de infraestructura pública es superior a la inversión, pues vale la pena.

Otra característica común de este tipo de contratos es el *fit-for-purpose*, o sea que, vamos, ambas partes —el constructor también— saben de antemano qué cosa se quiere lograr finalmente con el proyecto de infraestructura. ¿Cuál es el objetivo que busca el propietario?

Y ambos hacen lógica, *Value for money*, el *fit-for-purpose* tienden a articularse también.

Y, a veces no es tan fácil de explicar lo que yo decía, a ver, con un ejemplo, como que es simple.

Uno va a comprar un carro. No sé, pues va a la Toyota y paga diez mil dólares por un Yaris, y no puede ser obligado a aceptar otro carro, ni siquiera superior de acuerdo al Código Civil. Yo compré un auto y ese auto me van a dar.

Pero, resulta que el vendedor viene y dice: «Se nos han acabado los Yaris, pero si usted paga mil dólares más, le vamos a dar un Corolla».

Y, normalmente, el Corolla valdría quince mil dólares, en vez de diez. La matemática es simple, «Oye, me conviene. Haré un esfuerzo para pagar un poquito más. Me llevaré un mejor carro que es *fits-for-purpose*. Voy a llevar a mi familia igual».

Entonces, hay una apreciación de la inversión. Hay una mayor inversión, pero hay una mayor rentabilidad de esta inversión: *value for money*.

Otra característica típica es, no en todos los contratos colaborativos, pero que ha funcionado mucho en el NEC, en los Panamericanos es el *open book*, la transparencia en los gastos.

Les voy a hacer una referencia, una cita que ha hecho la Contraloría que me llamó mucho la atención sobre este tema, pero que se manejó muy bien este tema en los Panamericanos. *Open book* total se conocían los costos, esto permitía trabajar de manera transparente en la contratación de terceros, los contratistas que, finalmente, eran los que hacían la obra, administrados por un grupo de especialistas —ya lo comentó Jorge— que manejaban estos subcontratos.

Estos contratos también tienen cláusulas que suelen alentar la innovación compartiendo los resultados positivos de esta innovación. Entonces,

los contratistas que son expertos, tienen un incentivo constante para innovar, generar ahorros o no generar ahorros, pero mejorar la calidad de la infraestructura y se comparten normalmente estos beneficios.

También se alertan, las alertas tempranas. Conocer los problemas a tiempo. Esto es superimportante y tenemos mecanismos de solución de controversias, como los *dispute boards* que empiezan a funcionar durante la ejecución del contrato y que dan respuestas a preguntas y problemas oportunamente; se aplican, restan la falta de predictibilidad, mejoran la predictibilidad y, al final, eventualmente, se acomodan las cosas, pero el proyecto no se detiene y hay una directriz común.

Se generan incentivos a la eficiencia, los famosos KPIs, y, más bien, se desalienta la ineficiencia. Ya, se comparten los beneficios, pero también, a veces, se asumen entre más de uno los perjuicios.

Entonces, se evita un poco esta posición tan adversarial del contrato más tradicional.

Leía un artículo sobre «Cambiando el EPC por un modelo colaborativo», cambiando el modelo más adversarial, donde yo saco todo lo que puedo, incluso, penalizando, y pierdo un poco de vista el objetivo.

Qué diferente este tema de la alerta temprana con el ejemplo que les ponía del metro. O sea, ahí hicieron exactamente lo contrario: no te alerté y te penalicé y te contabilicé.

Se busca también este tipo de contratos en que todos los participantes entiendan esta filosofía colaborativa. Es un tema un poco de idiosincrasia en el que hay que trabajar y hay que ir trabajando.

En los Panamericanos funcionó. Estuve en más de un *dispute board* como abogado de parte y, si bien había una confrontación de argumentos, también había una voluntad común de llegar al punto al que queríamos.

En el Perú funcionaron en los Panamericanos y les digo yendo al punto, que es el quería tratar con ustedes: ¿funcionará esto en general para las obras públicas? Yo tengo una parte de respuesta optimista y una parte de respuesta pesimista.

Lo optimista pasa por todo lo que dije ya. Cómo han funcionado, lo bien que han funcionaron los Panamericanos.

Pero, funcionaron porque no están expuestos. Probablemente, los operadores ni siquiera viven acá.

Yo quería leerles una noticia que había visto. La Contraloría encontró un inadecuado control de la gestión de costos en los Panamericanos, en un contrato específico. Encontró en varios, pero éste le llamó la atención: «Un inadecuado control de costos» cuando esto es lo mejor que saben hacer, que sabían hacer, probablemente, los *contract managers*, que no permitió determinar la razonabilidad técnica de un proyecto en la Videna, ¿no es cierto?, generando un incremento del 40% inicial, que había aceptado por los Juegos Panamericanos, ocasionando incertidumbre respecto del costo total del proyecto».

Y esto lo señala la Contraloría y lo hace, pues, con mucho orgullo.

Y algo más. Les comento un poco lo que decía es «Oye, no han controlado bien los costos. El *open book* no ha funcionado, y además ahora la Contraloría está impulsando una cláusula anticorrupción, y más que el tema anticorrupción, para los GtoG le permite intervenir, tanto en la suscripción del contrato, como intervenir intensivamente en la ejecución y desarrollo del proyecto con una evaluación concurrente.

Entonces, estos señores que llevaron este proyecto, están tranquilos porque deben estar en Londres tomando el té, y viendo acá cómo, pues, hay una crítica, probablemente, motivada por una institución que tiene cosas que mejorar.

Para comenzar, tiene que mejorar, a veces, a algunos contralores. Tenemos uno, no sé en qué está la vacancia, pero hay uno que lo promovió, un excontralor.

¿Cuál es mi sensación al final de esto? Los funcionarios están protegidos por una serie de normas que les dan cierta protección y deferencia a la actividad, el marco normativo funciona; se protegen las decisiones, se incentivan las decisiones de conciliación, pero no siempre se cumplen.

Este marco normativo no se cumple porque yo creo que la forma de controlar y medir al funcionario no es *value for money*, no es *fits-for-purpose*, es gasta menos.

Cuanto menos gastes, mejor, no importa el margen de utilidad, de rentabilidad social, de uso, importa solamente si gastaste menos.

Para concluir, entonces, mi conclusión es que sí pueden funcionar, pero puede funcionar este sistema de contratos colaborativos, en el marco de contratos GtoG, donde el funcionario tiene un nivel de protección que le da su internacionalidad y su propia nacionalidad para que funcionen en Perú con funcionarios públicos peruanos. Hay que cambiar la idiosincrasia en muchas cosas y en cuestiones de control también.

Me pasé veinte segundos.

Gracias.

**Gustavo Paredes Carbajal:** Muchas gracias, Carlos.

Completamente de acuerdo con tu último comentario. Creo que aquí hay que hacer un gran trabajo de cambio de percepción, y también un gran trabajo de capacitación al funcionario peruano para que entienda cómo funcionan este tipo de acuerdos gobierno a gobierno.

Ahora, gracias, Carlos.

Quiero darle pase a Humberto. Humberto Arrese, quien nos comentará justamente ahora aquellas lecciones aprendidas en la implementación de los contratos NEC.

Adelante, Humberto.

**Humberto Arrese Orellana:** Hola, qué tal. Muchas gracias por la invitación al Centro de Arbitraje de la Universidad Católica en este XIV congreso.

Voy a tratar de cumplir con los plazos.

Quiero dar algunos datos previos para que no nos sintamos tan mal.

La industria de la construcción es un negocio mundial de, aproximadamente, diez mil billones de dólares. Es el 13% de la producción mundial.

Sin embargo, sus márgenes son muy bajos. Y esto se da, generalmente, que cada proyecto es único, es altamente cíclica; ergo, no invierte mucho en tecnología, pues trata de tener costos fijos, bajos, para enfrentar los momentos de baja.

Y algunos ejemplos de problemas en proyectos para que tampoco nos sintamos mal en el Perú. Todos apreciamos la calidad y la eficiencia de los alemanes.

Cuando el Aeropuerto de Berlín, Brandeburgo, empezó a construirse en el año 2006, debió entregarse en octubre del 2011. Se supone que va a empezar a operar en octubre del 2020, y si buscan información al respecto, encontrarán que tiene un montón de críticas por atraso, por problemas en la ejecución del mismo.

Y, si vemos a Apple, su sede central, se entregó dos años después de lo proyectado, y gastaron más de dos mil millones más de lo proyectado.

En la Videna les quiero dar algunos datos: fue un contrato *fast track*, o sea, la ingeniería se hacía a la vez que se ejecutaba, el área de terreno original fue 120,500 m<sup>2</sup>, un área techada de 101,000 m<sup>2</sup>, eso fue lo original, y las obras en el estadio atlético: sótano, cuatro pisos, una capacidad para 5,370 espectadores, pista de 400 metros de perímetro y nueve carriles diarios para las competencias de salto largo, alto y triple, y lanzamiento de jabalina, disco y martillo; pista de calentamiento; un polideportivo que era patinaje; *badminton* y tenis de mesa; pistas de *bowling*; 24 pistas y tribunas para 300 espectadores. Ampliación y techado del velódromo; centro acuático; complejo de tres piscinas para competencias de natación; y clavados y capacidad para 3,000 espectadores. Estacionamiento subterráneo, obras conexas. Se trabajó con 700 empleados, 2,900 obreros; 107 subcontratistas y 222 proveedores.

Este ejemplo que traigo a colación está referido concretamente a un contrato NEC, modelo 3, versión 3, modelo opción EFE.

Y las metodologías que empleamos acá fueron la *Integrated Project Delivery*, una metodología colaborativa que permite la toma de decisiones de manera conjunta con las partes involucradas, en la medida que se avanza con el desarrollo del proyecto; y para esto utilizamos VDC, *Virtual Design and Construction*; BIM, *Building Information Modelling*, *Lean Construction*; ICE, sigla en inglés que en castellano quiere decir ingeniería concurrente integrada.

Se tuvieron cincuenta sesiones ICE, en donde en una misma sala estaban una serie de diseñadores, ingenieros, compatibilizando el diseño y la calidad y el tiempo.

Hicimos un control del proyecto bajo un sistema CARD (Control de Avance Real Diario), que era un seguimiento digital en la nube de producción, planeamiento y oficina técnica, mediante un reporte de control que incluía metrados ejecutados, proyectados; representaciones gráficas de los recintos y listas de restricciones.

Y se prefabricaron varios elementos. Varios elementos fueron prefabricados externamente, para luego ensamblarlos dentro del proyecto. Así logramos una fabricación masiva y simultánea de varios elementos.

Ahora, el NEC 3, para complacencia de los ingenieros, he encontrado esta cita en la página web de Lima 2019, y me refero al NEC 3 porque es el ejemplo que hemos utilizado nosotros para llevar adelante una construcción bajo NEC en el Perú, dice: «Thus, a new contract model came to Peru: the New Engineering Contract. Due to the short term, the NEC Option F contract was chosen. It suggests a collaborative work between the parties, prioritizes the execution period and allows the immediate resolution of any dispute without paralyzing the contract. It also proposes the payment of incentives for cost and term improvements. Being designed by engineers, the contract has a simple writing and is easy to understand, which decreases the risk of disputes between the parties». (Fuente: <https://www.lima2019.pe/en/news/nec-contracts-guarantee-transparency-in-lima-2019-construction-works>).

En efecto, es un contrato sencillo, preparado de manera sencilla, entiendo que, diseñado por ingenieros, pero creo que los abogados tenemos varias cosas que ver ahí.

Ahora, yendo ya al contrato NEC 3, información general, fomenta el ambiente colaborativo.

En la Memoria del 2019, Cosapi concluye lo siguiente sobre este contrato: «Se implementaron herramientas de diseño colaborativas en la nube —lo que acabo de hablar del CARD, por ejemplo— que permitieron utilizar el diseño en tiempo real; es decir, todos los involucrados se mantenían conectados a un sistema eficiente de comunicación *online*, basado en el intercambio de modelos BIM. Esto permitió a los equipos de diseño en el Perú y el Reino Unido, trabajar directamente con información integrada, siempre actualizada y accesible en todo momento, asegurando una comunicación efectiva, y permitiéndoles tomar las mejores decisiones de diseño, en beneficio del proyecto». (Fuente: Memoria Cosapi 2019).

Procura evitar controversias. En efecto, procura evitar controversias. Es uno de los pocos contratos que yo conozco que ha acabado sin arbitrajes, gracias a la implementación de un DAB, un *Dispute Adjudication Board*, que, mientras estuvo vigente la ejecución de la obra, estuvo vigente el contrato con el DAB, terminada la ejecución de la obra, se terminó la aplicación del DAB, pero el contrato sigue vigente.

Hemos tenido algunos problemas de interpretación contractual posteriores, y lo que ha ocurrido es que, tanto la administración pública como Cosapi, se pusieron de acuerdo y decidieron reactivar el DAB. Hemos vuelto a hablar con los funcionarios, con las personas que integraron el DAB, dos profesionales mexicanos: un abogado y un ingeniero mexicano, y una ingeniera chilena que reside en Alemania, y han vuelto a ser contratados, y para que mantengamos una relación armoniosa en esta etapa que todavía está referida a la subsanación de defectos.

Pero, además, nos permitió, como he explicado, asumir una gestión integral del proyecto. Nos permitió implementar medidas nuevas, tecnologías nuevas y particulares.

Entonces, este contrato fue NEC, opción F y se ajustó al proyecto, se suscribió el 8 de diciembre de 2017; hubo un plazo de dieciocho meses, incluía el diseño de construcción y certificación, porque, además, teníamos que certificar con las distintas federaciones internacionales de los distintos deportes de las instalaciones que habíamos construido, el que ellas se adecuaran a sus requerimientos.

Tuvimos que administrar una serie de contratos, porque también éste es un contrato de administración de contratos, como bien se ha dicho, y el documento contractual está integrado por el documento denominado contrato, que son dos páginas, el contrato de ingeniería y de construcción NEC 3, opción F; gestión de contrato, que habla de una administración de contratos y que tiene el cuerpo integral del contrato; una ficha de datos del contrato parte 1 y parte 2; un anexo 1, un registro de riesgos; un anexo 2, los KPIs (*Key Performance Indicators*), a los que bien se ha referido Carlos;

un anexo 3 con fechas claves; anexo 4, tarifas de personas; información del sitio; información de las obras; información técnica de la obra.

Quiero resaltar algunos textos del contrato.

Cuando se incluye el texto del contrato NEC, discretamente se incluye la versión que compran, que venden, y esa versión tiene un prefacio, un prólogo, pero tiene párrafos interesantes que vale la pena traerlos a colación.

«El NEC —dice— es una familia de contratos estándar, cada uno de los cuales tiene las siguientes características: en su utilización estimula una buena gestión de la relación entre las dos partes del contrato, y, por lo tanto, de la obra incluida en el contrato.

Se trata de un documento claro y sencillo, que utiliza un lenguaje y estructura sencillos y fáciles de entender».

En el prólogo de este folleto donde está el contrato se dice:

*«El objetivo es la colaboración previsoramente entre todos los involucrados en el proyecto. Los contratos establecen cómo se gestionarán las relaciones entre todas las organizaciones involucradas, desde el cliente hasta los diseñadores y los contratistas principales hasta todos los subcontratistas y proveedores.»*

Los contratos de NEC son los primeros en considerar de forma específica y eficaz la gestión de riesgos e incertidumbres inevitables que están presentes en cierto punto en todos los proyectos. La gestión de lo esperado es una gestión fácil; la gestión eficaz de lo inesperado depende plenamente de un enfoque colaborativo, el mismo que es inherente a los contratos NEC.

La mayoría de las personas que trabajan en proyectos que utilizan los contratos NEC por primera vez, están sumamente impresionadas por la diferencia entre las características de confrontación de los contratos tradicionales, y el trabajo en equipo generado por el NEC. El NEC no incluye disposiciones específicas para evitar las controversias. No son necesarias.

La gestión colaborativa está diseñada para evitar controversias y realmente funciona.

Y algunas cláusulas específicas de colaboración dentro del contrato, la alerta temprana a la que se refirió Carlos, «El contratista y el gerente del proyecto emitirán una alerta temprana notificando a la otra ni bien tome conocimiento de cualquier riesgo que pueda darse».

Y ahí hay una que si buscan en el contrato verán esas definiciones y cuáles son los riesgos.

Hay una reunión de reducción de riesgos, y los que asistan, cooperan y van todas las partes y cooperan.

Se registran los riesgos, se habla de ambigüedades e incoherencias; trabajando con el contratante y terceros; se habla de eventos compensables; está toda la cláusula de solución de controversias que se requiere previamente la participación del *Dispute Adjudication Board*, que, como bien saben, tiene una decisión vinculante antes de ir a un arbitraje, y como cláusulas de opciones secundarias que se implementaron los KPIs con cronograma de incentivos; hay un anexo de KPIs; están las condiciones adicionales del contrato, *value for money*, *fit-for purpose*.

Y el *fit-for-purpose* te obliga a trabajar con un estándar mucho más alto y poner lo mejor que tú quieres.

En el *value for money*, efectivamente, dar lo mejor por el dinero que te están pagando.

Las cláusulas Z.1 Generalidades, Z.10.1 habla de un espíritu de confianza y cooperación mutuas.

Todo esto refleja toda esta necesidad de colaboración que parece novedosa, pero cuando lo estaba leyendo, ya uno que ya se está acercando a ser más viejo de lo que parece, me trajo a colación, esto es *Back to the futuro*, el año 1997 yo participé en la ejecución, la primera ejecución fallida, la-

mentablemente, del Gas de Camisea. Se firmó un contrato de alianza entre Shell Prospecting and Development Sucursal del Perú, era el cliente, y el Consorcio BCO (Belfi-Cosapi) y Odebrecht.

Esta alianza era muy particular porque en un mismo edificio estaba Shell y estaba el consorcio contratista, y en el consorcio y el contratista trabajábamos directamente con Shell. Y Shell ganaba posiciones en la administración del proyecto con el contratista.

Y las cláusulas del contrato de alianza eran establecer controles realistas para un manejo adecuado de los riesgos y oportunidades; establecer un programa de riesgos y de recompensas y establecer una alianza; el directorio de la alianza y el directorio general pudieran manejar el proyecto de Camisea, de manera tal de llevarlo adelante, de manera coordinada, eficiente, con costos efectivos y de acuerdo con los objetivos del cliente.

Y tenía como principios la optimización del uso de los miembros y de la compañía en sus conocimientos, su experiencia y su *know-how* para el proyecto, y la optimización de la cooperación entre los miembros y la compañía en todas las partes involucradas en el proyecto de Camisea.

*¿Por qué he traído a colación este tema? Porque lo que he visto y lo que me pareció novedoso en el año 1997, creo que es y que es algo que se practica en el negocio de la industria de oil and gas es este tema de alianzas y que exista colaboración entre las partes.*

El negocio de construcción es un negocio muy adversarial, muy confrontacional, no necesariamente es una práctica adecuada. Se trata de trasladar riesgos innecesarios a la contraparte que no los puede manejar adecuadamente, y eso, a la larga, genera, pues, este exceso de arbitrajes y disputas. Una persona que recién se ha involucrado en el negocio de la construcción, me comentó hace poco, que jamás en su vida se había imaginado la importancia del derecho en temas de construcción por la cantidad de *claims* que se tienen en este tema.

Yo creo que dándose un cambio y lo que ha ocurrido con los contratos NEC se ha ido por esta posibilidad de hacer acuerdos de gobierno a gobierno, es que nos ha colocado en una burbuja de excelencia.

Si vemos la implementación de BIM en el Perú, en el sector público, se han dado normas desde el 2016 para su implementación progresiva, y se espera que esté implementado totalmente de manera obligatoria en el 2030.

Yo creo que es una buena práctica lo que están haciendo en el sector público, pero es casi como si hubieran establecido normas para implementar la aplicación de computadoras en el desarrollo de sus labores cotidianas.

Con eso quería concluir. Éstas han sido mis experiencias en NEC, aplicado concretamente a la Videna, y solamente para acabar, el proyecto concluyó en los dieciocho meses establecidos, no con el monto original; el monto original fue de S/ 414,000'829,541 + IGV, acabó con un monto final de S/ 552,000'945,358 + IGV, pero el área se proyectó 70,600 m2 de concreto y 13,030 m2 de cobertura. El área final fue 102,815 m2 de concreto y 26,571 m2 de cobertura y 81,881 m2 de obra sin techar.

Y todo eso dio lugar a una terminación adecuada en plazo. Se pagó más, pero se pagó lo que se tenía que pagar.

Muchas gracias.

*¿Gustavo?*

**Gustavo Paredes Carbajal:** Sí, gracias, Humberto.

Coincido contigo. El proceso de evolución de la contratación sigue en marcha y no debe parar.

Creo que estamos en este camino y tenemos que seguir adelante.

Creo que por cuestiones de tiempo voy a hacerle algunas preguntas del público a cada uno de ustedes y con esto terminamos nuestra participación.

Tengo una pregunta de Ricardo Gandolfo para el ingeniero Valenzuela. Dice: ¿Se están tomando todas las previsiones para tener una supervisión directa y permanente en todas las obras que se ejecutarán bajo los acuerdos GtoG? ¿Qué porcentaje de cada inversión se está destinando a la supervisión de las obras?

Adelante.

**Jorge Valenzuela:** Muchas gracias por la pregunta.

Sí, la respuesta es sí. Dentro de poco vamos a hacer los *road shows* donde se van a contratar supervisores de obra.

Estamos definiendo actualmente el alcance, si va a ser más como el supervisor de obra tipo peruano o un poco como el supervisor de obra más tipo como en Gran Bretaña. Estamos en ese proceso, pero sí vamos a usar supervisores de obra.

Respecto al monto que se va a hacer, estamos todavía analizando. No puedo dar una respuesta.

**Gustavo Paredes Carbajal:** OK, siguiente pregunta para César Guzmán-Barrón, dice, de Yespan Quispe: ¿Qué estrategias se aplicarán para evitar que los conflictos sociales no paralicen las multimillonarias inversiones en la reconstrucción del norte del Perú y otros proyectos de gran envergadura para el país? El Perú necesita ahora en tiempos de covid-19 de estas inversiones para mover la maquinaria del país y recuperar el crecimiento del PBI peruano.

Adelante, César.

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** En realidad, no tengo una respuesta completa, pero lo que yo sí sé que se está haciendo es previendo. Es decir, cada uno de los instrumentos que hay, que apuntan precisamente a evitar conflictos, ya se están previendo.

Por ejemplo, ya se tiene claro, a lo largo de todos los proyectos, dónde podría haber una comunidad indígena que esté dentro de la lista de comunidades indígenas que son sujetas a consulta previa. Y hasta ahora es, prácticamente, nada. Lo cual ya prevé que no es necesario hacerla.

Por ejemplo, ya se ha identificado en las zonas ribereñas dónde, eventualmente, sería necesario un reasentamiento, y para eso existe una legislación especial que permita, si es que ese lugar está, si es que ése es un poseedor o un propietario, seguir un procedimiento que ya existe hoy día y que, además, sería muy largo explicarlo, pero aceleraría el proceso.

Eso significa comunicar previamente a esa población la pertinencia. Y en caso de que sea un propietario, se entra al proceso de expropiación. Si aquél que se expropia en trato directo, acepta, pasa inmediatamente, pero si no acepta, evidentemente, habrá que seguir un proceso adecuado de reasentamiento, que también existe el procedimiento que agilice el sistema.

Es decir, cada uno de los pasos que hay que dar, ya están siendo previstos y yo creo que hay una política de prevención extraordinaria. La he podido mirar de alguna manera y, como mencionaba hace un rato, nosotros, en el caso yo no soy parte del centro, pero el centro en sí entiendo que está participando directamente en este proceso, que permita realmente decir que estamos frente a la viabilidad social del proyecto.

Por otro lado, todos sabemos que el resto arqueológico puede aparecer. De repente no ha sido previsto, pero si apareciera, el procedimiento es muy ágil. Y el procedimiento es con el acompañamiento del Ministerio de Cultura, según la naturaleza de una obra de construcción o de reconstrucción.

En consecuencia, hay, por tanto, creo yo, una prevención del conflicto.

Eso es lo bueno. A pesar de que el plazo es muy corto porque todos sabemos que este contrato termina en abril del 2022, muchas de estas obras terminan en el 2022; sin embargo, lo que se está trabajando en estos primeros noventa días, entiendo yo, que es un campo de prevención, de tal forma que se pueda evitar aquellos conflictos que se puedan dar.

Y en nuestro país —y con esto termino, Gustavo, porque tenemos poco tiempo— se habla poco y se hace poco en prevenir. Estamos acostumbrados a apagar incendios.

La idea fundamental en estos proyectos, entiendo, en este reto de la viabilidad social, es evitar que los conflictos se produzcan, que escalen y que crezcan, y que generen problemas al constructor, y, eventualmente, al resultado final del proceso que se quiere llevar adelante.

La prevención es el camino y creo que ése es el camino que se ha optado, y muy bien en este convenio GtoG.

**Gustavo Paredes Carbajal:** Gracias.

Muchas gracias, César.

Tengo una pregunta para Carlos. Dice: En los contratos G2G, ¿qué labores desarrollarán en concreto los gobiernos extranjeros a cambio de la retribución que recibirán? ¿Elaborarán los expedientes técnicos del proyecto? ¿Realizarán la supervisión directa y permanente de las obras?

**Carlos Núñez:** Ya. Tal vez hay que entender un poquito qué cuelga debajo de un GtoG.

Es un contrato, en efecto, de gobierno a gobierno y no necesariamente es el gobierno o una institución pública del gobierno, digamos, contratado, prestador, quien desarrolla los servicios, las obras, los expedientes, etc.

La legislación peruana ha evolucionado a un punto donde permite que la institución pública sobre la base de este GtoG, contrate, efectivamente,

digamos, por ejemplo, un *contract manager* puede ser una empresa privada del país con el cual se ha hecho el convenio, y esto es, probablemente, lo que va a pasar. No es que se le va a pagar al país especialmente para que él lleve a cabo, desarrolle las ingenierías, haga la supervisión, sino que, probablemente, se contrate un *contract manager* privado, recibirá una remuneración. Éste será escogido por el gobierno, por el gobierno colaborante, con el cual se ha llegado a un convenio.

Pero la remuneración central es para el sujeto que lleva a cabo el servicio e insisto, no es necesariamente y probablemente, no sea la institución pública.

Entonces, eso es un poco la lógica.

**Gustavo Paredes Carbajal:** Totalmente de acuerdo.

Creo que un poco para poner en contexto, debe quedar claro que los convenios GtoG, los convenios gobierno a gobierno están regulados por el derecho internacional público, y que a través de las modificaciones normativas que ha sacado el gobierno, inicialmente, tenían que ser empresas estatales o entidades estatales, pero ahora ya pueden ser empresas privadas, y, por tanto, las formas de contratación a través de éstas son, digamos, como las que comúnmente regulan el mercado.

Gracias, Carlos, excelente.

Finalmente, una pregunta para Humberto, relacionada con los contratos NEC. Dice: ¿En el contrato NEC no existe asignación de riesgos? ¿Cómo se mitigan o distribuyen los riesgos del proyecto?

**Humberto Arrese Orellana:** Esa distribución se da, precisamente, con las cláusulas a las que he hecho referencia, en las que se pueden advertir la existencia de riesgos inminentes o prever los posibles riesgos que se vayan a presentar y ambas partes se deben sentar a ver cómo los mitigan.

La distribución no es una distribución total en la cual te traslada el riesgo de una manera desproporcionada, siempre tendrás un riesgo como

contratista, pero tienes la posibilidad de acuerdo a la cláusula de alerta temprana, por ejemplo, y advertir la existencia de un riesgo de manera conjunta y tratar de resolverlo.

Es, básicamente, lo que hemos vivido en la Videna, nosotros trabajando allí, lo que he visto y lo que he podido leer para esta presentación también que se da este *allocation of risk* de manera proporcional, y que ambas partes pueden diseñar una estrategia para mitigarlos y reducirlos, y enfrentarlos de manera conjunta.

**Gustavo Paredes Carbajal:** Héctor, muchas gracias.

Yo quisiera terminar con una reflexión, no sin antes agradecerle muchísimo a Jorge, a César, a Carlos, a Humberto por habernos acompañado en esta oportunidad.

Yo quiero rememorar y recordar una reflexión importante del propio Winston Churchill.

Él decía algo como lo siguiente: «De nada sirve decir que estamos haciendo lo mejor posible, tienes que hacer lo que sea necesario para tener éxito».

Y es así, señores. Dejemos de tratar de hacer las cosas. Debemos hacer lo que nos toca hacer y hacerlo bien.

Muchas gracias.

**Piero Ordóñez:** Muchas gracias, doctor Paredes. Muchas gracias a los ponentes por sus comentarios y por compartir estos momentos.-

**César Guzmán-Barrón Sobrevilla:** Yo lo que quiero hacer es un pequeño comentario: sería bueno un contrato NEC entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, donde haya espíritu de competencia y colaboración.

Nada más.

**Gustavo Paredes Carbajal:** Totalmente de acuerdo.

**Todos:** Gracias, un abrazo. Gracias por la invitación. Hasta luego, adiós. Gracias.

**Piero Ordóñez:** Bueno, estimados participantes, continuando con el programa, luego de haber escuchado tan interesantes ponencias, anunciamos la clausura de este XIV Congreso Internacional de Arbitraje + Mediación y JRD.

En ese sentido, cedemos el uso de la palabra a la doctora Silvia Rodríguez, secretaria general del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica, quien dará las palabras de clausura del presente congreso.

Adelante, doctora Rodríguez.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Muchísimas gracias, Piero.

En realidad, este XIV Congreso Internacional de Arbitraje nos ha dado muchísimo gusto saber que ha sido de tanto interés y haber tenido un promedio de quinientas personas todos los días.

Yo quiero agradecer especialmente a los ponentes. Han sido seis mesas buenísimas. Nos han dado lo mejor. Hemos escuchado atentamente los comentarios, las ponencias, los debates, hemos absuelto las consultas del público. Sé que quedan muchas en el tintero; estoy segura de que en algún momento, en la siguiente edición podremos darla. Sólo me queda decirles que les agradecemos a los ponentes. Les agradecemos a aquéllos que han estado escuchando desde las regiones más alejadas de nuestro país, que han estado conectados, y eso es lo bueno que podríamos decir que ha traído esta pandemia: un congreso muy especial donde hemos tenido que estar cien por ciento virtual, conectados, bien con la conexión.

Un agradecimiento al equipo que organizó esto, a todos ustedes y nada más.

Nuestro interés siempre es que las controversias en nuestro país se puedan solucionar de la manera más eficiente. Tomo las palabras de Gustavo: hay que hacer lo que es necesario para solucionar lo mejor posible.

Muchísimas gracias y nos vemos en el XV Congreso de Arbitraje.

Gracias.

**Piero Ordóñez:** Muchas gracias, doctora Silvia.

Señores participantes, con estas palabras damos por culminado este XIV Congreso Internacional de Arbitraje + Mediación y JRD.

Agradecemos nuevamente su participación y asistencia, y los esperamos en una próxima oportunidad.

Buenas noches.

ACTAS DEL XIV CONGRESO INTERNACIONAL DE  
ARBITRAJE + MEDIACIÓN Y JRD - 2020 DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
MARZO DEL 2021, CON F.M. SERVICIOS  
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,  
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795  
LIMA 18, PERÚ