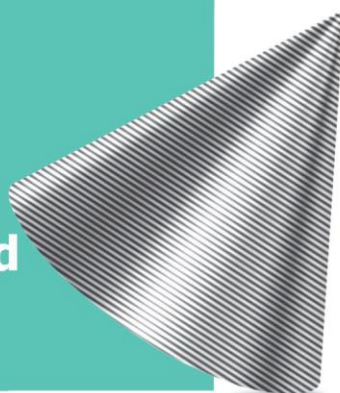


Volumen 108 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Actas del XV Congreso
Internacional de Arbitraje
+ Mediación y JRD - 2021
de la Pontificia Universidad
Católica del Perú**



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Volumen 108 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**XV CONGRESO
INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE + MEDIACIÓN
Y JRD - 2021**



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**XV CONGRESO INTERNACIONAL DE
ÁRBITRAJE + MEDIACIÓN Y JRD - 2021**

ÍNDICE

Nota del editor	9
Inauguración	11
Mesa n.º 1: Arbitraje e inversión extranjera internacional	15
<i>Elvira Martínez Coco</i> (moderadora)	
<i>Iván Alonso</i>	
<i>María del Carmen Tovar Gil</i>	
<i>Irma Rivera Ramírez</i>	
<i>Silvia Marchili</i>	
Mesa n.º 2: Cuestiones críticas en los arbitrajes de contratación pública	35
<i>Alfredo Soria Aguilar</i> (moderador)	
<i>Walter Albán Peralta</i>	
<i>Silvia Rodríguez Vásquez</i>	
<i>Pierina Guerinoni Romero</i>	
<i>David Ortiz Gaspar</i>	
Mesa n.º 3: Mediación comercial-empresarial	59
<i>César Guzmán-Barrón Sobrevilla</i> (moderadora)	
<i>Fernando Montoya Alberti</i>	
<i>María Jesús Fernández Cortés</i>	
<i>José Octavio Zuluaga</i>	
<i>Mercedes Tarrazon</i>	
Mesa n.º 4: Avances en la consolidación de la junta de resolución de disputas (JRD)	81
<i>Silvia Rodríguez Vásquez</i> (moderadora)	
<i>Carlos López Avilés</i>	
<i>Karina Ulloa Zegarra</i>	
<i>María Eliana Rivarola Rodríguez</i>	
<i>Carolina Lisette Abanto Vigo</i>	
Mesa n.º 5: Últimas tendencias en el arbitraje	103
<i>Eric Franco Regio</i> (moderador)	
<i>Ristard de Paor</i>	
<i>Mariano Castro</i>	
<i>Clare Connellan</i>	
<i>José Daniel Amado</i>	

Mesa n.º 6: Arbitraje y derecho civil patrimonial

125

Gonzalo García-Calderón Moreyra (moderador)*Gastón Fernández Cruz**Rómulo Morales Herías**Leysser León Hilario**Enrique Ferrando Gamarra*

NOTA DEL EDITOR

¡Y YA VAMOS DIECISÉIS CON EL CARC PUCP!

Este, el volumen 108 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, constituye el decimosexto libro que recoge las ponencias o las actas de los congresos que nuestra casa de estudios viene organizando desde hace igual número de años.

Y como ocurre cada mes de septiembre, lo presentamos en sociedad en el marco del siguiente Congreso, en esta oportunidad, el del año 2022.

Estas palabras serán breves, pero queremos agradecer el apoyo que siempre nos brinda nuestro Centro de Arbitraje, al permitirnos acompañarlo con esta publicación, la misma que queda como registro escrito de todo aquello que se expuso y debatió en el Congreso precedente.

Agradecemos a la doctora Marlene Anchante Rullé, directora del CARC PUCP y a la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, secretaria general de Arbitraje, Conciliación y Dispute Boards del referido Centro, por esta colaboración recíproca en beneficio de nuestros lectores y del medio arbitral en general.

Lima, septiembre de 2022
Mario Castillo Freyre*
Director

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; presidente electo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) para el periodo 2022-2023; 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>.

XV CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE + MEDIACIÓN Y JRD - 2021

INAUGURACIÓN

Ricardo Okumura (presentador): Buenas tardes. En primer lugar, les agradecemos por estar aquí presentes y les damos la bienvenida a la XV edición del Congreso Internacional de Arbitraje + Mediación y JRD organizada por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Previo a dar inicio al congreso, le cedemos la palabra a la doctora Marlene Anchante Rullé, directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, quien dará unas palabras de bienvenida, y además presentará el programa del congreso para el día de hoy.

Adelante, doctora.

Marlene Anchante Rullé: Bueno, en nombre del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quiero darles la bienvenida a esta décimo quinta versión del Congreso Internacional de Arbitraje, que desde el año pasado también es de Mediación y Junta de Resolución de Disputas.

Al comenzar mis palabras quisiera, brevemente, presentar nuestra institución. Nosotros somos una unidad de la Universidad Católica interdisciplinaria que tenemos como misión prevenir, gestionar y transformar conflictos en oportunidades de desarrollo para contribuir a una cultura de paz en el país. Y esto lo hacemos concretamente brindando servicios de consultoría, de capacitación y formación continua, así como administrando procesos de arbitraje, de conciliación, de junta de resolución de disputas, entre otros servicios que tenemos a nuestro cargo.

El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica es una de las expresiones concretas de servicio al país que brinda nuestra universidad para vincularse de una manera efectiva con la sociedad, con su entorno, asumiendo un compromiso de desarrollo humano y sostenible; y han transcurrido hasta la fecha veintidós años desde que el centro fue creado por la universidad, veinte de los cuales hemos brindado el servicio de arbitraje.

Por ello, esta décimo quinta versión del congreso es, particularmente, significativa para nosotros. Sin embargo, somos conscientes de que esta legítima celebración coincide con momentos muy difíciles para nuestro país. Desde que inició la crisis sanitaria, nosotros hemos asumido el desafío de brindar nuestros servicios de manera remota, buscando hacerlo siempre de la manera más eficiente, superando los obstáculos y con la máxima responsabilidad.

En coherencia con esta misión institucional, nuestro congreso tiene como propósito ser un foro académico y profesional, donde se pueda compartir información, intercambiar conocimientos, reflexiones, identificar avances, desafíos; y en este año, en particular, poder proponer, hacer propuestas para contribuir con una implementación eficiente, ética, independiente y neutral de los mecanismos alternativos de solución de controversias que son materia de nuestro congreso.

A la luz de este propósito, este año decidimos convocar a un comité consultivo para encargarnos de elaborar el programa de nuestro congreso. Por eso quiero expresar mi agradecimiento y mi reconocimiento público a los miembros del comité, César Guzmán-Barrón, Mariela Guerinoni, Eric Franco, Alfredo Soria y Silvia Rodríguez, quienes se han reunido más de una vez hasta lograr definir y consensuar cuáles serían los temas que trataríamos en esta versión de nuestro congreso.

Entonces, quisiera pasar a hacerles una presentación panorámica del programa, que tenemos previsto para este año 2021. Ha sido estructurado en base a seis mesas temáticas, que se van a realizar a lo largo de los tres días que tendremos en el congreso. Hoy, en nuestro primer día, tendremos la mesa de «Arbitraje e inversión extranjera internacional», y también la mesa referida a «Cuestiones críticas en los arbitrajes de contratación pública».

Ambas mesas con temas verdaderamente relevantes para contribuir a la reactivación económica que tanto necesita nuestro país.

Hoy también tendremos un espacio para la presentación del volumen 89 de la *Biblioteca de Arbitraje*, que estará a cargo del doctor Mario Castillo Freyre y del doctor César Guzmán-Barrón que, coincidentemente fueron ambos los que iniciaron este congreso de arbitraje hace quince años, y se ha mantenido de manera constante en todo este tiempo.

El día de mañana abriremos el congreso con la mesa de «Mediación comercial empresarial».

Este año, la mesa que está dedicada a la mediación, abordará el campo de lo comercial empresarial, y ello porque nos hemos motivado por la reciente entrada en vigencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre acuerdos de solución internacional resultantes de la mediación, conocido como el Convenio de Singapur, el cual obliga a los Estados que han ratificado el convenio a hacer cumplir los acuerdos producto de la mediación comercial, quedando, gracias al convenio, superada, de alguna manera, la debilidad que existía antes en la herramienta, porque no eran vinculantes los acuerdos, y las partes lo hacían o los cumplían con un carácter voluntario.

Entonces, en este contexto, los ponentes de esta mesa compartirán con nosotros experiencias exitosas de mediación como método alternativo y eficaz para la solución de controversias comerciales y empresariales.

Por otro lado, la mesa n.º 4, denominada «Avances en la consolidación de la junta de resolución de disputas», se enfocará, precisamente, en todo lo que hemos caminado, desde el año 2016, en que se introdujo en el Perú este nuevo mecanismo para prevenir y resolver controversias en contratos de obra. Y también en qué nos falta para seguir avanzando exitosamente en la implementación de la JRD. Quiero, en este punto del programa, abrir un pequeño paréntesis para contarles que el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica fue la primera institución en el Perú, en brindar el servicio de junta de disputas.

Y, para tal efecto, en el año 2013, se presentó un primer reglamento que estuvo auspiciado, en su momento, por la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

Y, transcurridos los años, actualmente, contamos con un nuevo Reglamento de JRD que entró en vigencia, precisamente, en enero de este año, y que incorporó cambios significativos, producto de las más de veinte solicitudes de JRD que han sido presentadas ante nuestro centro, y que nos han permitido ganar una experiencia y unos aprendizajes para gestionar los procesos de junta de resolución de disputas; y, de esta manera, contribuir a lograr que las obras públicas se puedan ejecutar verdaderamente a tiempo.

El último día del programa o del congreso, tenemos previstas las mesas n.ºs 5 y 6. Van a abordar las últimas tendencias en el arbitraje. Ahí veremos la línea de derechos humanos, conflicto social y arbitraje, y también la de cambio climático y arbitraje.

El viernes también tendremos la mesa n.º 6 enfocada al arbitraje y a los temas de derecho civil patrimonial.

Quiero terminar estas breves palabras agradeciendo, por supuesto, a los moderadores, a los ponentes nacionales e internacionales que nos acompañarán a lo largo de estos tres días; y, por supuesto, a ustedes, a ustedes que han confiado en nosotros, que están participando, y la verdad, deseamos que un año más tenemos esa ilusión de poder atender, satisfacer las expectativas que ustedes traen a nuestro congreso, así es que, por ello, sean bienvenidos y bienvenidas a nuestro congreso.

Muchas gracias.

Ricardo Okumura: Muchas gracias, doctora Marlene, por sus palabras.

A continuación, daremos inicio a la primera mesa que analizará el tema de «Arbitraje e inversión extranjera y nacional».

Tendremos como moderadora a la doctora Elvira Martínez Coco, socia principal del Estudio Elvira Martínez Coco y Abogados, y como ponentes contaremos también con la presencia del doctor Iván Alonso, economista y perito; la doctora María del Carmen Tovar Gil, socia del Estudio Echeopar. Contaremos también con la participación de la doctora Irma Rivera, socia del Estudio Brigard & Urrutia, Colombia; y, finalmente, también contaremos con la participación de la doctora Silvia Marchili del Estudio White & Case.

La moderadora será quien precise la dinámica de esta primera mesa, y les precisamos a todos los participantes de este congreso, que podrán formular sus preguntas a través del ícono habilitado para ese efecto.

Adelante doctora.

MESA N.º 1: ARBITRAJE E INVERSIÓN EXTRANJERA INTERNACIONAL

Elvira Martínez Coco (moderadora)

Iván Alonso

María del Carmen Tovar Gil

Irma Rivera Ramírez

Silvia Marchili

Elvira Martínez Coco: Muchísimas gracias.

En primer lugar, en nombre de todos los integrantes de la mesa, agradecemos al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por esta gentil invitación para participar ya en el quinceañero. Parece mentira que hubieran pasado ya quince años desde la primera vez que se abocaron a esta ilusión de comenzar los congresos internacionales de arbitraje y estamos en el número quince. Felicidades PUCP, de todo corazón.

Muy bien. Vamos a tener el gusto, entonces, de poder conversar con Iván Alonso, con Silvia Marchili, con María del Carmen Tovar y con Irma Rivera. Destacados profesionales en el área de arbitraje de inversión, que me pidieron expresamente que no me ocupara de sus currículums para no quitar tiempo y dedicarle más a la charla porque todos son extensamente conocidos.

Así que, como me han dado esas indicaciones y yo, a veces, solamente a veces, soy muy obediente, voy a hacerlo en estas circunstancias.

El Perú ha participado de manera muy exitosa como Gobierno en una serie de arbitrajes de inversión extranjeros, se han llevado ante el Ciadi; y, sin embargo, de manera muy triste, en las inversiones en materia nacional hay una gran diferencia entre cómo le ha ido internamente y cómo le ha ido externamente. Y, probablemente, eso se daba al manejo realizado por la comisión especial que representa al Estado en controversias internacionales.

Por lo demás, lo importante, siempre creemos todos nosotros es que, al final, se haga justicia y que se le dé el derecho a quien le corresponda, y cuando le corresponde, con independencia de que ese sea el Estado o sea el inversor.

Sin embargo, existen circunstancias ajenas al inversionista en el que muchas veces se produce un desequilibrio, o se producen problemas para ver si se va a seguir invirtiendo en el país, o si el arbitraje va a poder seguir siendo un camino por el que se pueda transitar. Y, probablemente, la coyuntura política por la que atraviesa en este momento nuestro país nos lleve y lleve a alguno de los panelistas a reflexionar sobre el impacto que la política también puede tener, obviamente, en la inversión tanto nacional como extranjera.

Y, probablemente, esto nos ubique también dentro de los riesgos que tiene que asumir el inversionista y cuándo ya estos riesgos llegan a ser de tal índole que no quieren asumir ninguno.

Entonces, le vamos a preguntar a Iván sobre este tema y vamos a escucharte con suma atención porque lo primero que quisiéramos preguntar, Iván, es qué tendencias se presentan en la inversión extranjera para ubicar esto en contexto y cuáles son los principales riesgos que tiene que asumir un inversionista extranjero.

Te oímos Iván.

Iván Alonso: Muchas gracias, Elvira. Gracias a los organizadores por esta invitación y a todo el público presente, buenas tardes.

Quisiera compartir con ustedes una presentación.

Bien, los últimos treinta, cuarenta años han visto en el mundo un *boom* de inversión extranjera. Como podemos ver en este gráfico, a partir de mediados y finales de los años ochenta, la inversión extranjera, comienza a crecer significativamente, en todo el mundo.

En el año 2019, la inversión extranjera directa en todo el mundo fue de 1.7 billones de dólares, lo que llaman en inglés *trillions*, y no ha sido el año de mayor inversión extranjera.

En el pico, como ustedes pueden ver, casi se ha duplicado este monto a, más o menos, a mediados de la primera década de este siglo.

En los últimos cincuenta años, el flujo de inversión en el mundo ha crecido cincuenta veces y estamos hablando solamente de inversión directa; es decir, inversionista que construye una planta en otro país que genera un negocio desde cero. No estamos hablando de inversiones de portafolio; o sea, de inversionistas que compran bonos o acciones de empresas ya existentes.

En este gráfico destaca mucho la línea roja, que es la inversión en el mundo. Y la inversión en América Latina, que es la línea azul, y en el Perú la línea amarilla. Casi no se perciben porque la escala las hace ver muy disminuidas, entonces, vamos a quitar esa línea roja y quedarnos con América Latina y El Caribe, que es la línea azul. El Perú todavía se ve plano en la parte de abajo. La escala no ayuda.

Entonces, también vemos que ha habido un *boom* en América Latina y El Caribe, y que en el año 2019, la inversión extranjera directa llegó a más de 200 mil millones de dólares, y tampoco ha sido en el caso de América Latina, el mejor año. El pico, alrededor del año 2012, fue de cerca de 400 mil millones de dólares. Pero también ha habido un crecimiento significativo de la misma proporción, 150 veces en los últimos 50 años.

Quitemos ahora la línea azul para ver qué pasa en el Perú. Ahora que la escala es más propicia para apreciar lo que ha ocurrido, vemos otra vez, en el caso peruano, a partir de principios de los años noventa, comienza a crecer sustancialmente la inversión extranjera; alcanza un pico en el año 2011, de cerca de 14 mil millones de dólares, y en el 2019, que es el dato más reciente que tenemos, fue de 8900 millones de dólares.

La cosa curiosa es que antes del año 1992, los flujos eran de 100 millones de dólares o menos; es decir, un error de redondeo, prácticamente, en nuestra balanza de pagos.

E, inclusive, ha habido años donde ese flujo neto ha sido negativo, es decir, más plata salió por las remesas que hacían los inversionistas ya establecidos en el país, quizás dividendos que pagaban a sus matrices, deudas que pagaban a sus bancos, que la plata que ingresó.

Recién, a principios de los años noventa, y todos sabemos qué ocurrió en el país en esa época, la inversión extranjera comienza a crecer, y ese crecimiento no se detiene. Hay olas, pero continúa, y cada vez la ola es más alta.

Estos cuadros han sido elaborados con datos del Banco Mundial. Son datos que están públicamente disponibles, solamente contabilizan lo que se llama en inglés *inflows*, o sea, inversión extranjera directa hacia no desde la región o el país.

O sea que no hay aquí una doble contabilización de entradas y salidas. Son flujos netos, como ya he comentado, es decir, se deducen las remesas de utilidades y otros pagos parecidos, y son solo flujos, insisto en esta palabra. O sea, todo lo que ocurre en un año, pero se va acumulando. Esos flujos se van acumulando en un *stock*, que es mucho mayor.

A nivel mundial, la UNCTAD estima que el *stock* de inversión extranjera es de 36.5 billones de dólares; o sea, veinte veces el flujo de ese año. Lo que quiere decir en América Latina, no tengo la cifra, pero, calculando en base a esa proporción, el *stock* podría ser de 4-5 billones de dólares, y en el Perú, de 100-150 mil millones de dólares.

O sea que la importancia de la inversión extranjera, los montos que están en juego, son importantísimos. Y, bueno, esto no podría sino llevar bien a un *boom*, a una proliferación de tratados de

protección a la inversión extranjera, y esto se observa, especialmente, desde fines de los años ochenta; o sea, tras la caída del Muro de Berlín para señalar el evento político significativo de la época.

A la fecha, la UNCTAD, que es un organismo de las Naciones Unidas, registra más de dos mil Tratados Bilaterales de Inversión, *Bilateral Treaties on Investment* (BTI) y 420 tratados no específicamente de protección de la inversión, pero que tienen cláusulas de protección a la inversión.

En el caso peruano hay 27 BTI vigentes y 23 TIP, otros tratados con cláusulas de protección a la inversión extranjera.

También hay miles de tratados o de acuerdos bilaterales, caracterizados como un *spaghetti bowl*; un plato de *spaghetti* porque se entrecruzan unos y otros. Y, en realidad, este ha sido un esfuerzo que tiene muchos años desde que ha habido inversión extranjera, prácticamente, un esfuerzo de la Liga de las Naciones en los años 1920, que no fue muy lejos.

Hubo la Carta de La Habana en 1948, que no fue ratificada, después ha habido un Código de Conducta negociado por las Naciones Unidas, y un más ambicioso Acuerdo Multilateral de Inversiones que fue negociado en secreto por los países de la OECD, y la noticia, cuando trascendió, no fue bien recibida por el resto del mundo, y este tratado, finalmente, no vio la luz.

Los tratados más exitosos que conocemos, que existen, son el MIGA, el Acuerdo Multilateral de Garantía de Inversiones, firmado en el año 1985; los Guidelines por International Investments de la Cámara de Comercio Internacional; y un, algo que no es propiamente un documento o un acuerdo, sino que es un documento vivo, digamos, que se va renovando, que se llama el Investment Policy Framework for Sustainable Development de las Naciones Unidas.

Estos tratados suelen cubrir los siguientes tópicos: el trato equitativo a los inversionistas, los riesgos de expropiación, la convertibilidad de la moneda porque los flujos son mayormente en dólares, y los países receptores no usan el dólar todos ellos, al menos, y hay problemas de convertibilidad cuando los gobiernos fijan tipo de cambio fuera de los términos del mercado o, inclusive, cuando el mercado existe, hay, a veces, restricciones a que ciertas transacciones se hagan utilizando un tipo de cambio distinto que marca el mercado; hay problemas de repatriación de utilidades; y, últimamente, a tono con los tiempos, con la evolución económica, se han ido incorporando temas de propiedad intelectual y derechos de los Estados, tales como la sostenibilidad ambiental, económica, etc., y lo que se denomina el *right to regulate* el derecho de los Estados a regular la inversión extranjera. Pienso esto quizás con la idea de que los tratados sean más balanceados para el inversionista y el país receptor.

En el Perú tenemos muchos de estos temas incorporados, especialmente en nuestra Constitución. El artículo 62 que regula los contratos-ley o que reconoce, mejor dicho, los contratos-ley; el trato equitativo al inversionista extranjero y nacional en el artículo 63, la libre tenencia y disposición de moneda extranjera en el artículo 64, y la expropiación por causa justificada y previo pago de justiprecio en los artículos 70 y 71.

Una pequeña desviación o una opinión personal sobre los contratos-ley porque se ha discutido esto mucho últimamente, los contratos...

Bueno, vamos aquí. Más de setenta arbitrajes de inversión se inician en promedio cada año, y el 80 % se concentra en siete sectores: electricidad, gas, minería, petróleo, manufactura, finanzas, etc., que es donde hay más inversión; y, por lo tanto, más conflicto, y la mayoría de casos se resuelve a favor de los Estados, pero, sobre todo, los Estados suelen ganar por cuestiones de jurisdicción.

Cuando los casos se resuelven *on the merits*, son los inversionistas los que ganan la mayor parte de las veces.

Los daños reclamados son sustanciales en el 90 % de los casos arriba de 10 millones de dólares, y en el 60 % de los casos, arriba de 100 millones de dólares.

Los *awards* son un poco más modestos, pero igual en el 25 % de los casos, los tribunales otorgan indemnizaciones arriba de los 100 millones de dólares.

¿Cuáles son los incumplimientos más frecuentes? El trato equitativo, la expropiación, la protección del inversionista, pero es interesante ver también que este tipo de controversias tienen resultados desiguales. Es decir, con mayor frecuencia, los tribunales dan la razón a los inversionistas, cuando alegan un caso de expropiación directa: 33 % de las veces se les da la razón.

Si bien hay más casos de trato equitativo, no es la misma la frecuencia con la que los inversionistas ganan esos casos.

Y, bueno, este último cuadro, y con esto cierro, nos da una idea de cuáles son realmente los riesgos más importantes que enfrentan los inversionistas que dan lugar a problemas con los Estados receptores y arbitrajes internacionales.

Muchas gracias por su atención.

Elvira Martínez Coco: Las gracias a ti, Iván. Tus cuadros nos han dejado pasmados. En verdad es cierto que la mayoría de los casos los gana el Estado por cuestiones de jurisdicción, y al final terminan siendo victorias pírricas porque regresan muchos de ellos al ámbito nacional, donde, en el fondo, probablemente, tengan éxito.

El último caso que ha ganado Perú hace un mes en un caso Ciadi, ha sido por un tema de jurisdicción que no tengo ninguna duda, va a verse en el ámbito nacional en seis arbitrajes diferentes porque hubo una acumulación de procesos.

En fin, son muy ciertas esas estadísticas. Nos han pintado la problemática de los riesgos, en la que, seguramente, María del Carmen Tovar va a aterrizar con una precisión de cirujana porque ella se va a ocupar de los riesgos regulatorios. Nos va a decir si existen o no existen riesgos regulatorios; y, además, nos va a ubicar cuál es el régimen de protección de las obligaciones.

Veamos, entonces, Maricamen. Te vamos a escuchar con mucha atención.

María del Carmen Tovar: Gracias, Elvira. Lo primero de todo, desde luego, hacer el agradecimiento a la universidad por la posibilidad de haber estado hoy día con ustedes.

De verdad es un agradecimiento porque año a año me encanta estar con ustedes y compartir la posibilidad de vernos en este foro, en este simposio que ya es parte de nuestra cultura nacional en cuanto a lo que es el arbitraje.

Entonces, vamos a pasar a ver esta esta exposición. Va a ser muy corta porque acá sino Elvira me va a venir a apurar, pero comenzamos la exposición que es sobre el régimen actual de protección de inversiones o una nota sobre el riesgo regulatorio. Eso es lo que queremos compartir hoy día.

Y partimos haciéndonos una pregunta: ¿cuál es la protección legal que tienen las inversiones en el Perú hoy día? Y traigo aquí un cuadrito al que le voy a dedicar unas cuantas palabras, pero que quiero decir, como inicio, que este régimen de protección de las inversiones al que me voy a referir no es un régimen de protección de las inversiones de hace dos años, tres años ni cinco años, este es el régimen que tenemos en el Perú, prácticamente, cerca de treinta años.

Y, tomando un poco lo que señaló Iván, hasta el comienzo de los noventa, el Perú apostó por este régimen de protección de las inversiones.

Y yo lo suelo dividir en dos. Por un lado, tenemos el derecho nacional de la inversión. Esto que está en nuestras leyes y que protege a todos: nacionales o extranjeros, con contrato y sin contrato, está en la legislación.

Y después tenemos el derecho internacional de las inversiones, que es aquello que hemos puesto en esos tratados, que también Iván me ha ayudado y me va a hacer fácil, que sea más corta mi exposición, me ha ayudado a describir qué son los tratados bilaterales de inversión; los TLC con capítulo de inversión que le dan a los extranjeros, a los nacionales en reciprocidad por lo que le conceden a nuestros nacionales fuera una serie de protecciones.

Yo lo que siempre puedo destacar es que estos dos regímenes son similares; es decir, le llamamos distinto a las cosas, cuando lo ponemos en el tratado, pero son lo que ponemos en los tratados, son, generalmente, aquello que tenemos ya en nuestras normas.

Y vamos a encontrar, lo digo a modo de ejemplo, y lo que es igualdad y no discriminación en un tratado se llama «trato nacional» o «nación más favorecida» que donde nuestro derecho nacional habla de libre iniciativa privada y libertad de organización empresarial. Lo veremos en los tratados como facilidades recíprocas respecto de ejecutivos y órganos, la libre distribución de dividendos y acceso de divisa, algo que está en nuestra legislación y en nuestra Constitución, y en casi ningún país del mundo una Constitución que le dé a todos los inversionistas la garantía de acceder a divisa que está en los tratados como libertad de transferencia y de divisas, y así podemos ver lo mismo con la garantía de la expropiación y toda una serie de disposiciones o garantías sustantivas.

Y lo normal, y esto lo hemos tenido en el Perú por los últimos treinta años, y también ha ido acompañado de lo que viene a ser los dientes; es decir, yo protejo las inversiones en la legislación, pero también le permito reclamar.

Y en el caso de los nacionales, es cierto que solamente tienen acceso a arbitraje en la medida en que tengan un contrato, y en todos los contratos con los nacionales hay arbitraje; nacional, pero hay arbitraje, y en los internacionales, digamos, en el derecho internacional de las inversiones, cuando la protección viene por un tratado, hay el arbitraje internacional.

Y eso ha sido nuestro régimen de protección. Y la pregunta hoy, y un poco Elvira decía en un contexto de cierta incertidumbre porque estamos con una cierta incertidumbre es si existen amenazas a este régimen de protección. Y creo que todos somos conscientes de que existen amenazas a este régimen de protección porque quien ha entrado, quien ha tomado gobierno en este año, no tiene la misma visión que originó esta protección hace treinta años y que se ha mantenido durante treinta años.

Y para muestra basta un botón, podemos decir, y por eso traigo aquí unas citas del plan, del ideario de Perú Libre; y, justamente, traigo aquellas que están relacionadas al arbitraje y a los tratados, y vemos, y no me voy a poner a leer el ideario, pero les señalo y pueden buscarlo en el ideario de Perú Libre, pueden encontrar esta frase, que, claramente, en uno de los recuadros que está diciendo que el propósito es dejar de lado todos estos tratados, de los cuales hemos hablado; y, particularmente, considera que no es compatible con su visión de lo que debe ser una legislación el que existan centros de arbitraje como es el Ciadi.

Vemos, entonces, claramente, y esto es como digo, para muestra un botón, porque en otras secciones del ideario también encontraremos que no es, precisamente, una posición de protección de inversión privada.

Entonces, esto es lo que podemos decir sí, creo que existe, hay ciertas ideas y ciertas amenazas a lo que es este que ha sido el régimen de protección de los últimos treinta años.

¿Está blindada la protección? ¿Esta protección que ha durado tantos años que lleva ya treinta años está blindada? Y la verdad es que tiene su blindaje. Entonces, hay que, y en ese sentido, hay que destacarlo. Las garantías nacionales a la protección de la inversión vienen a nivel de la Constitución, y, digamos, todos seguramente han escuchado hablar de esto. La Constitución tiene cierta disposición que no hacen fácil modificarla.

Entonces, al venir la protección de las inversiones en un nivel de constitucional, hay un blindaje y se pone una valla alta para modificar este régimen de protección de inversiones.

Se han ofrecido, además, durante años, convenios de estabilidad jurídica, y lo más particular es que los primeros que se firmaron, ya hasta en muchos casos están cumplidos y no hicieron falta porque no se modificaron las protecciones.

Hoy día, nuevamente, pensamos en que sí es bueno tener uno que esté vigente por un tiempo y que esa protección y los tratados, además, mitigan las decisiones locales. ¿Por qué? Porque los tratados tienen también forma de salir de ella, y eso hace que no dependan solamente de jueces nacionales o de congresos nacionales, sino de decisiones internacionales.

Nótese, existe una cierta protección más allá de la amenaza, debido a este blindaje que lo pone en la alta valla de modificación del régimen de protección de inversión.

Pero, sin duda, existe, y aquí en este cuadro existe la posibilidad de dejarlo sin efecto. Se pueden demorar un poco más o un poco menos, pero en este cuadro un poco que explico cuáles son las condiciones para dejar al botón que puse de muestra para dejar sin efecto los tratados. Y en algunos casos vemos que la protección se mantiene en los tratados bilaterales de inversión. Si bien es solo el Ejecutivo que le puede poner término, hay las cláusulas estas ultractivas que protegen las inversiones por quince años.

En los tratados de libre comercio no hay estas cláusulas, pero normalmente no es el Poder Ejecutivo el que los puede dejar sin efecto solo, sino que requiere el Congreso. Entonces, ahí hay una dificultad adicional, y lo mismo pasa con el Ciadi que, además, aquellos consentimientos ya dados no se pueden retirar simplemente retirándose del Ciadi, aunque eso pueda ser materia de otra discusión de otro panel, pero, digamos, también hay eso.

Entonces, y yendo un poco al tema, la protección existe, tiene una garantía, pero, digamos, en un mediano plazo o con unas determinadas mayorías podría irse dirimiendo o irse cayendo. Pero no es un tema que pueda darse de inmediato y requiere ciertos esfuerzos.

Entonces, qué podemos decir sobre los riesgos y las inversiones. Podemos decir que existen normas que blindan a las inversiones en la Constitución, que existen convenios de estabilidad y que existen tratados con protección ultractiva y que esa protección general no es fácil de dejar sin efecto inmediatamente.

Y ahí voy al comentario puntual del riesgo regulatorio. Para todo esto general y grande se requiere tiempo y mayoría. Pero esto no se necesita para la regulación del día a día. Y a un inversionista lo puedes poner en jaque con las normas diarias, con la obstaculización de sus contratos. Entonces, sí se puede destruir una inversión con regulación de nivel operativo, y con decisiones que asfixien y hagan inviable una inversión.

Desde luego, claro, este tipo de regulaciones sería contraria a las garantías de la inversión y podría dar lugar a otro tipo de reclamos. Pero sí quiero llamar la atención de que sin necesidad de modificar la Constitución y los tratados, puede generarse un riesgo regulatorio y una asfixia al inversionista que esperemos no se dé, pero que está ahí latente cuando vemos las amenazas que no se dé, pero que está ahí latente cuando vemos las amenazas que hemos señalado.

Bueno, entonces, a modo de, creo ya que estaría terminando mi exposición, esa sería un poco la conclusión, y les agradezco mucho por el tiempo.

Elvira Martínez Coco: Nosotros te agradecemos más bien a ti Maricarmen por la precisión; la exactitud casi inglesa. Has tomado el tiempo exacto, y es cierto, existe en Perú una gran amenaza al régimen de protección que, seguramente, nos llevará a todos a una reflexión final en nuestra segunda ronda.

Pero, ahora, probablemente, tengamos que dar el pase rápidamente a alguien que está siendo muy esperada por nuestra audiencia, a Irma Rivera. Irma, un placer tenerte con nosotros. Queremos preguntarte cuáles son las tendencias en Latinoamérica, en relación con la suscripción, renegociación, y denuncia de los TDI y de los TLC. Y, adicionalmente, si la participación de los Estados en arbitrajes de inversión ha tenido repercusión para la toma de estas decisiones. Un poquito larga mi pregunta, quiero que me disculpes porque yo sé que tú eres capaz de responderla. Vamos adelante.

Irma Rivera Ramírez: Pues, muchísimas gracias. De verdad me siento muy feliz y muy honrada de tener la oportunidad de compartir un momento muy especial para mí con ustedes.

Espero de corazón que el año entrante nos podamos ver en persona. A mí me encanta el Perú y gracias a Dios he tenido la oportunidad de visitarlo en varias ocasiones.

Mil gracias por tu pregunta. Es una pregunta muy interesante, y además creo que es una pregunta que está muy a tono con lo que está pasando en nuestra región.

Quisiera irme un poco atrás antes de empezar a hablar directamente de las tendencias porque yo creo que los antecedentes que algunos de nosotros por la edad vivimos, han influido de forma muy importante en todas estas inversiones que ya existen en Latinoamérica.

Los que ya tenemos algunos años y nos criamos en la época de los ochenta, no sé si ustedes recordarán, pues no era una posición unificada en Latinoamérica, pero existían unos países en donde la protección era muy fuerte hacia el interior del país. La globalización no existía, la circulación de bienes y servicios como lo conocemos hoy en día no era posible. Yo recuerdo que cuando yo era niña, todos los productos que se consumían, desde juguetes hasta dulces eran eminentemente colombianos; y, eventualmente, se conseguían algunos productos extranjeros, en la medida de que, a finales de los ochenta-noventa, el mundo siguió evolucionando y la economía se globalizó, se generó una necesidad de encontrar canales, no solamente comerciales sino jurídicos, que permitieran que esos flujos de inversión, representados en ocasiones en bienes y servicios, tuviesen algún tipo de regulación; y, sobre todo, protección.

En este caso particular, cuando hablamos de inversión, y cuando hablamos de arbitraje de inversión, a mí me parece que estas figuras que son importantes en esta situación, específicamente se tocan en un punto importante que es la confianza.

La confianza es lo que permite que la inversión circule. La confianza es lo que permite que todos esos tratados que mencionas en tu pregunta se suscriban, se ejecuten, y en ocasiones, se cumplan o se incumplan, dependiendo del desarrollo de los mismos, pero esa confianza es la que permite que exista mayor inversión hacia nuestros países.

Aquí el derecho, la economía y la política se tocan y acaban siendo un triunvirato muy importante para entender, dependiendo de la situación de cada país, cuál es su tendencia y cómo ese país, ese flujo de recursos de bienes y de servicios, y qué tratados está dispuesto a suscribir.

Como les comentaba el doctor Iván, al inicio de nuestra charla, a partir de los años noventa y ochenta, empezó a generarse una tendencia en Latinoamérica, de analizar la posibilidad de suscribir este tipo de tratados que permitiera que los inversionistas que están recorriendo el mundo para saber

dónde colocan sus recursos, lo hiciesen de manera tal que cuando el amor que existe al principio pudiese terminarse, existieran mecanismos que les permitieran protegerse y entrar a escenarios en donde existiera una igualdad de condiciones para que no solo el inversionista pudiera defender sus derechos, sino, por supuesto, el Estado.

Como consecuencia de esto, en algunos de nuestros países se surtieron todos los trámites legislativos que, en ocasiones, tomaron muchos años, y que, al final, permitieron incorporar todos estos tratados al sistema interno y que esos tratados empezasen a negociarse.

Hoy en día, la posición de nuestros países frente a la inversión, frente a la aplicación de esos tratados, pues tiene un componente, por supuesto, técnico, un componente jurídico, pero, además, un componente político.

Cada país tiene una realidad que le es propia, y, por supuesto, respetable, pero yo aquí quisiera hacer un énfasis particular en las tendencias que, desde mi punto de vista personal, nosotros o yo he visto en temas de inversión y de la protección de esas inversiones.

Hemos encontrado que hay países que han mantenido los tratados que han suscrito años atrás. Algunos de esos países han actualizado esos tratados y les han hecho algún tipo de ajuste o han seguido suscribiendo tratados.

Es interesante cómo algunos países latinoamericanos y algunos inversionistas han empezado a mirar hacia otras partes del mundo, a Latinoamérica está entrando una inversión muy importante del continente asiático, inversión que cada país ha empezado a regular, inversión que, por ejemplo, puede provenir de Corea, en donde empiezan a encontrar la forma en que esa inversión entra al país y se encuentra protegida.

Digamos, ese primer grupo de países sigue creyendo que este es el mejor sistema para proteger sus inversiones, pero ha habido un cambio interesante, y es que, en este momento, la mayoría de los países está teniendo especial cuidado en una etapa muy importante del tratado. ¿Cuál es esa etapa? La etapa de la negociación.

Entender muy bien cuáles son los compromisos que se adquieren, cuáles son los derechos que se tienen, cómo ese tratado se debe de ejecutar, cuáles son los plazos que deben tener esos tratados, en qué materias se quiere el tratado.

Después de que se hace una negociación, yo diría mucho más profunda y mucho más razonada, pues se suscribe el tratado y se surte el proceso que cada país tiene para poderlo incorporar a su sistema jurídico, y luego viene una etapa que es fundamental, es cómo ese tratado se implementa, se implanta, y se incorpora al sistema jurídico, y como lo decía mi colega en su presentación anterior, es muy importante que los Estados entiendan que el responsable, al final del tratado, no es el ser humano que puso la firma que comprometió al Estado, sino son todos los que hacen parte de ese Estado, para que la forma en que se comportan, la forma en que ejecutan su conducta, no afecte la inversión y no abra la posibilidad a los diferentes reclamos que, posiblemente, van a terminar en arbitrajes en donde las partes van a tener que soportar y presentar sus posiciones para obtener un laudo, y dependiendo de la decisión del tribunal, puede ser favorable a una u otra.

Otra tendencia que también se está viendo en nuestra región, es un repensamiento, si quieren esos países seguir en este sistema de protección de inversión. Y yo creo que en muchas de esas decisiones, están siendo tomadas con base en los resultados que se han obtenido en algunas decisiones.

Es decir, cómo les ha ido cuando se ha presentado un conflicto y ese conflicto es llevado a resolución y tiene que tomarse una decisión.

En ocasiones, como lo presentaba el doctor Iván, son decisiones bastante dolorosas porque los prejuicios que se pueden generar y que se obligan a pagar derivados de incumplimientos de esos acuerdos, pueden ser cuantiosos. Y, desde el punto de vista de un país en vía de desarrollo que está buscando resolver problemas básicos, el estar obligado a pagar esas decisiones, pues tiene un impacto no solamente económico, sino político.

Por eso, volviendo un poco a mi reflexión anterior, es muy importante saber a qué nos comprometimos como Estado y a cumplir esas promesas para evitar que se abran esas posibilidades de reclamación.

Otra tendencia que también está en Latinoamérica es que algunos países, paralelo a estos tratados de protección de la inversión, están intentando generar normas que sean propias y que permitan dar garantías a los inversionistas que ponen sus dineros, sus recursos o sus bienes o servicios en los países, para que exista un sistema interno que permita dar garantías, que permita regular esa inversión y protegerla al interior del país.

Es decir, nuevamente, como les comentaba al inicio de mi intervención, yo creo que esto tiene un componente de confianza muy importante, que, por supuesto, tiene que tener algún tipo de sustento.

Y una tendencia interesante es que se habla mucho, en este momento, de transparencia, transparencia en el arbitraje, que nuevamente lo vinculo a la confianza.

Este ha sido un tema bastante popular, por llamarlo de alguna manera, en los últimos años, no solamente en el arbitraje de inversión, sino también en el arbitraje comercial, y tiene algunas diferencias dependiendo del enfoque que le demos, pero se ha buscado que todas esas decisiones, hasta donde sea posible, y todos esos conflictos estén recubiertos de un halo de transparencia que le permita a aquellos que estén interesados, y aquellos que tengan intereses, tener algún tipo de información con, por supuesto, las limitaciones propias de un trámite en donde se están discutiendo unos intereses de un nivel muy alto.

Y yo diría que, para cerrar en cuanto a las tendencias, creo que los conflictos que se están llevando a este tipo de arbitraje, también están cambiando. ¿Por qué están cambiando? Porque también está cambiando el tipo de inversión que se está haciendo, los sectores en donde se invierte, el tema de las energías renovables, temas relacionados con medioambiente; todos esos temas que se han vuelto fundamentales para el mundo, y que tocan con la sostenibilidad del futuro de nuestro planeta.

Para cerrar, yo simplemente quisiera dejarlos con una reflexión personal. El sistema, los sistemas políticos de cada uno de nuestros países son diferentes, pero la política, la economía y la ley están entrelazadas porque son relaciones humanas que buscan o deben buscar, en mi opinión personalísima, el mejor resultado, y eso es que nuestros países sigan avanzando hacia el futuro, superen una situación muy complicada, que todavía estamos viviendo, como lo es la pandemia, cuyos efectos, apenas vamos a conocer, ello creo que en un futuro muy cercano, pero, sobre todo, cuando estamos inmersos en estos sistemas de protección, y estamos interesados en que la inversión llegue a nuestros países, ser consciente de cuáles son nuestros derechos, de ser conscientes de cuáles son nuestras obligaciones, y que, además, no es un tema de, como les comentaba, de únicamente la persona que suscribió el tratado, sino de todos aquellos que hacen parte del Estado.

Muchísimas gracias.

Elvira Martínez Coco: Las gracias a ti, Irma. Sin duda, el auditorio ha quedado encantado oyéndote, y dando este importante mensaje, en el que no debemos de perder de vista, tanto el derecho como la economía y la política se toca, y no hay que tenerle miedo al contexto político y de hablar sobre lo que está pasando, María del Carmen ya sentó el precedente en su anterior exposición.

Pero, ahora, probablemente, Silvia nos va a ayudar a que tengamos esperanzas. Silvia, qué cosa es lo que pasa en la etapa de la predisputa. ¿Crees que es posible tener consideraciones estratégicas que puedan llevar a evitar, finalmente, un arbitraje, en que esto se pueda solucionar antes? ¿Es posible remedios antes que la enfermedad? Cuéntanos, Silvia.

Silvia Marchili: Muchas gracias. Muchas gracias, nuevamente, además, por la invitación. Como comentaba hace unos minutos Irma, los que no somos de Perú y solíamos hacer estas conferencias en persona, las extrañamos.

Lo voy a dejar ahí el mensaje, así que con muchísimas ganas y esperanzas de verlos en persona.

Antes, me gustaría, como para hacer una transición de lo que venían exponiendo los colegas, antes de abocarnos a pensar en el contexto práctico, y cuando ya parece que se nos viene una disputa, cómo reaccionar y compartir con ustedes algunas observaciones prácticas de tipo estratégico, me gustaría compartir con ustedes un par de reflexiones en cuanto a estas tendencias que estamos hablando.

Obviamente, estamos teniendo esta conversación en un contexto muy específico, pero esas mismas, estos mismos planteos, estas mismas reflexiones, uno las puede hacer, literalmente, de cualquier otro país en la región, y sería igualmente válido. Y cuando digo la región, de hecho me refiero al continente entero, porque, si bien, allá por los noventas, Estados Unidos era el paladín de la protección internacional de inversiones, y a través del consenso de Washington se le recomendó con cierto énfasis a los Estados latinoamericanos a suscribir estos tratados de los que estamos hablando, y, de paso, el primer país que lo hizo, fue el país de donde vengo originariamente, de Argentina, aunque desde hace ya quince años estoy en Estados Unidos, salvo Brasil, que en parte tal vez, se pudo dar ese lujo en su momento por el tamaño de su economía. Todo el resto de los países, en mayor o menor medida, suscribieron tratados en ese contexto.

Menciono eso porque creo que, con el tiempo, hemos visto que esa tendencia casi monoblóquica se fue atomizando, y hoy estamos en una situación, en los últimos años, estamos en una situación, en donde, bueno, para empezar, hace ya más de una década, varios países denunciaron al Convenio Ciadi, denunciaron tratados internacionales y demás, pero, incluso, tenemos a Estados Unidos, que, en su momento, no para entrar en política norteamericana, pero desde una senadora totalmente opositora a Trump hasta la mano derecha de Trump en el [...], estaban de acuerdo en que era un horror que hubiera tribunales de no americanos que decidieran sobre la responsabilidad del Estado de los Estados Unidos en el trato de los inversores.

¿Por qué digo esto? Porque si les pusiera esa cita en la pantalla, ustedes tal vez hubieran especulado que era de cualquier otro país, si lo hubiera traducido al español, y no de Estados Unidos.

Entonces, esa atomización existe, existe también una ida y venida, Ecuador estaba en ese grupo de los que habían denunciado al Convenio Ciadi, habían denunciado varios tratados, y ya lo ha suscrito el Convenio Ciadi hace unos meses.

Entonces, la realidad es que es mucho más rica, tal vez, y mucho más matizada de lo que fue en un pasado, y más allá de la situación específica en Perú.

No sé si es un mensaje muy esperanzador, Elvira, siendo tu punto, pero, por lo menos, tratando de dar un poco de perspectiva, más allá de Perú, en particular, y Latinoamérica.

Ahora, yendo un poco al tema que me preguntabas, y que es mi favorito, como no les sorprenderá, es pensar un poco cómo funciona esto en la práctica.

Es cierto, hay situaciones extremas en las que un Estado decide, por ejemplo, expropiar físicamente un activo y tienes detenidos esos casos en los que, literalmente, el ejército te entra a tus oficinas, o a tu fábrica o a lo que fuera, y te echa.

Esos casos son los menos frecuentes, afortunadamente, creo que para todas las partes involucradas, y los más típicos son aquellos como los que mencionaba María del Carmen, en cuanto a temas regulatorios o temas relacionados a contratos, que son un poquitito más tenues, aunque pueden ser igualmente fatales, desde el punto de vista del inversor, pero suelen hacerlos un poco más atomizados.

Entonces, cómo, desde la perspectiva del inversor, cómo reaccionar ante este tipo de situaciones. Muchas veces pasa que los clientes, cuando están en una situación desafiante, piensan, bueno, si hablo con el abogado de arbitraje o si hablo con el abogado de disputas, en general, sea el de la jurisdicción correspondiente internacional, lo primero que me van a decir es «presenta la demanda».

Pero la realidad es que eso es lo último que deberíamos decir, y la realidad es que en la gran, gran mayoría de los casos, por no decir, virtualmente, en todos ellos, para los clientes es la peor acción, y no porque no puedan seguir operando, pero traen toda una serie de cuestiones, más allá de los costos, para empezar, que realmente no son atractivas.

Entonces, debemos partir desde esa premisa. Si bien ese es el caso, también es cierto que esto, yo suelo hacer la analogía de que es como jugar al ajedrez en diez dimensiones. Entonces, cuando uno está moviendo esas piezas al principio, pensando, bueno, no quiero ir a arbitraje, esa es la última opción.

El problema es que, mientras tú mueves las piezas, a nivel local, tal vez, estás haciendo, creando consecuencias o creando ramificaciones en esa protección bajo los tratados que pueda ser que, luego de las negociaciones y si uno no es afortunado y llega a una solución, pues te hayas quedado sin protección o con una protección menor, por lo que has hecho o lo que has dicho, o lo que has firmado en esta etapa predisputa.

La propuesta que tengo para estos minutos es sugerir que, en este tipo de situaciones, y creo que también aplica del lado del Estado también, es tener una visión estratégica general, integral, que integre, tanto la parte de los tratados internacionales de la potencial disputa, como de las cuestiones más inminentes que tienen que ver con tratar de solucionar esa disputa antes de que llegue a un arbitraje.

Y en este su objetivo principal, entonces, de preservar los derechos bajo tratados internacionales, y eso es, maximizar las chances de llegar a un acuerdo. Está este fino equilibrio y esta partida de ajedrez de más de tres dimensiones que debemos tener en cuenta.

Y, en particular, me gustaría enfocarme en tres cuestiones. Una, la protección en sí misma; dos, ese diálogo amistoso; y tres, esta perspectiva de preservación de derechos.

Digo, sugiero empezar por la protección porque, pues, si no tienes la protección bajo el tratado, la conversación sería totalmente distinta. Tendrás recursos, pero, obviamente, tu caja de herramientas tendrá ciertas limitaciones.

Entonces, es importante que cuando uno enfrenta situaciones de incertidumbre, preventivamente, haga ese ejercicio de verificar que uno tenga protección bajo un tratado o idealmente más de un tratado.

Esto lo digo, no solo pensando en cuestiones como la posibilidad de reclamar contra el propio Estado, si uno logra canalizar su inversión a través de una entidad en el extranjero. Pero porque en la práctica, desde el punto de vista bien económico, cuando hay una jurisdicción, voy a dar el ejemplo de mi país para no generar rigideces. Supongamos, en Argentina, la situación económica es menos ideal, es natural que las compañías argentinas piensen en tratar, si tienen ya negociaciones en el extranjero, enfocarse más en esos negocios; y, si no los tienen, tal vez proyectarse más internacionalmente, y en ese contexto también es útil pensar en tener una estructura corporativa más sofisticada

que permita proteger estas inversiones, tanto las que van a hacer fuera, como, si tenemos luego una casa matriz en el exterior, incluso, las que van hacia el propio país.

Y es importante hacer eso antes de que exista una disputa o que la disputa parezca, o sea, haya indicios de que esa disputa específica vaya a existir. Y lo bueno, esta es una solución bastante práctica también, es que, normalmente, este tipo de estructuras son eficientes en un unto de vista impositivo también. Pero lo bueno es que ya pasamos este primer elemento de «hay protección».

Esta instancia de solución amistosa de diálogo, no tiene que ser solamente pensada en el contexto de esos seis meses que algunos de estos tratados establecen como período de negociaciones, sino más allá de esto.

¿Por qué? Porque vuelta, para ninguna de las partes, llegar a un arbitraje es un escenario ideal y, parte de nuestro trabajo, incluso como abogados de disputa tiene que ser facilitarle al cliente la posibilidad de llegar a un acuerdo con el Gobierno, o de, por lo menos, motivar un diálogo que, si se anticipa alguna medida que, por ejemplo, va a afectar a todo un sector, claro, es difícil llegar a un acuerdo específico para uno solo, pero sí fomentar el diálogo; sí explicarle al gobierno, explicarle a las distintas autoridades.

Y creo que también esta vuelta aplica del lado del gobierno hacia los inversores también porque en más de una oportunidad, en otros países, incluso, de otras regiones, uno se encuentra en situaciones en donde, tal vez, el Gobierno «no quería» actuar de mala fe, pero también no tenía en cuenta cuáles iban a ser las consecuencias, realmente, en la práctica de esas movidas.

Entonces, para ambas partes fomentar ese diálogo de colaboración es caro.

Y el tercer punto que quería mencionar que es el de preservación, tiene que ver con, si bien queríamos tener ese diálogo, si bien queremos que fluya esa comunicación y apoyar la solución amistosa, tenemos que tener muy en cuenta que no debemos afectar esos derechos internacionales.

Y les doy dos o tres ejemplos en el minuto que me queda. Uno es que, muchas veces, y esto creo que ocurre vuelta de ambas perspectivas, es difícil cuando uno no está negociando, mandar una carta que tenga un tono un poco menos amistoso que uno está teniendo en la conversación.

Entonces, hay maneras en los que uno inteligentemente puede seguir manteniendo esa conversación en tono colaborador, pero también marcar y tener hitos por escrito, que muestren qué era lo que se estaba pensando, qué era lo que se estaba decidiendo, cómo se estaba avanzando, de vuelta, en aras a la transparencia desde el punto de vista de ambas partes.

Y también esto se aplica un poco más a los inversores, pero nuevamente, a ambas partes, en cierta medida, es tener en cuenta cuáles son las consecuencias de los procedimientos locales.

¿Por qué digo esto? Porque muchas veces, para el inversor extranjero particular es más «fácil», de una manera, cruzar el puente de hacer una demanda local, en comparación a una demanda internacional, pero, dependiendo del tratado, hay varias cuestiones que pueden tener un efecto negativo en esas protecciones internacionales, y no tiene que ver solamente con esas cláusulas que, tal vez, algunos de ustedes conocen como *fork in the road*, sino con cuestiones también más tácticas y estratégicas como tenemos una *exit strategy*. O sea, si no nos está yendo bien, nos podemos ir; necesitamos el consentimiento de la otra parte, voy a tener que litigar lo mismo en dos jurisdicciones distintas, en fin.

Toda esta vuelta, en aras, la propuesta es, y mi sugerencia en estos segundos que me quedan, es pensar en estas situaciones de una manera integral, el pensar, la sucursal local con el *head quarters* internacional; el ministerio X con la presidencia X, de una manera colaborativa integral, y si bien teniendo en cuenta el peor escenario de esa disputa internacional, tratando de usar todas estas herramientas para maximizar la posibilidad de un acuerdo anterior, antes de llegar a eso.

Elvira Martínez Coco: Muchísimas gracias, Silvia. También has sido tremendamente exacta, y creo que todos los operadores jurídicos en materia de inversión se han quedado con tu mensaje.

Hay que facilitar la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin descuidar sembrar las pruebas necesarias, si es que, finalmente, se llega a una controversia, o antes le ceden una mano, o antes de que den la otra.

Y ahora, como una reflexión final, los invito a todos ustedes a que hagan el esfuerzo de que en sesenta segundos, suena mejor que un minuto, por favor, den un mensaje a la audiencia. Iván, te escuchamos.

Iván Alonso: Bueno, mi mensaje es que la inversión extranjera como el comercio internacional hacen de este mundo un mundo mejor, y tenemos que hacer todo lo que esté en nuestras manos para preservarla y protegerla.

Elvira Martínez Coco: Muchas gracias, Iván. Maricarmen.

María del Carmen Tovar Gil: Sin duda, comparto lo que dice Iván, y hemos estado acostumbrados a las olas. Quizá el péndulo de irnos de la mucha protección a la poca protección en Perú, el péndulo ha durado muchos años. Ojalá podamos mantener la protección y quizás nos permita el crecimiento de la inversión y del país.

Elvira Martínez Coco: Gracias, Maricarmen. Irma.

Irma Rivera Ramírez: Mil gracias. Para mí, yo creo que es muy importante resaltar la coherencia que debe existir entre esos tres pilares de nuestras sociedades, es decir, es importante tener en cuenta los temas económicos, los temas políticos con los temas jurídicos y tener claridad, y conocer frente a qué nos hemos comprometido y cumplir esos compromisos de manera adecuada para evitar riesgos

Muchas gracias.

Elvira Martínez Coco: Silvia.

Silvia Marchili: Yo suelo ser la pesimista y cínica, pero voy a tratar de ser lo más positiva y optimista posible, y creo que mi manera de hacerlo es resaltar que este mundo más atomizado del que estaba hablando, donde tenemos muchas más dinámicas específicas en cada jurisdicción, y a veces, algunos irs y venires o péndulos oscilantes como mencionaban, nos encuentran a los abogados y a la comunidad jurídica y profesional, en general, mucho más sofisticados, de todos los lados, de todas las partes involucradas, y creo que esto es para bien.

Elvira Martínez Coco: Muchas gracias, Silvia. Amigos todos que nos están escuchando, estoy segura de que se han quedado con muchas lecciones aprendidas de este panel. Y, probablemente, la primera lección a la que quisiera hacer referencia es la de Silvia, llegar a un arbitraje que, en materia de inversiones, es la última opción para un inversionista, y nosotros, como operadores jurídicos, debemos colaborar para tratar de que no se llegue a ello.

La segunda lección nos la dio Iván Alonso. Ha habido un crecimiento pequeño a lo largo de los años, por lo menos, en Perú, en materia de inversiones, pero crecimiento, al fin y al cabo, gracias al régimen de protección que debemos de cuidar, y no debemos olvidar la tercera lección que nos ha dado Irma Rivera. Nos ha hablado de la confianza, de lo importante que es la confianza en el régimen de inversiones para que el régimen de inversiones crezca, para que el régimen de inversiones se fortalezca, y todos nosotros debemos de apuntar a que esa confianza no decaiga.

Y finalmente solamente con Maricarmen. Nos ha dicho una gran verdad, el régimen de protección de nuestro país se encuentra amenazado, y, probablemente, a todos nosotros nos venga a la memoria

situaciones como las de Bolivia, como la de Venezuela, como la de Ecuador hace algún tiempo cuando denunciación al Ciadi.

Pero no nos pongamos tristes porque si eso pasara, aun si eso pasara en Perú, en ninguno de estos países en el Ciadi han podido escapar, finalmente, del Ciadi, porque los TBI importan y han seguido importando, y han importado a tal extremo, que más del 50 %de los arbitrajes que se siguen llevando, por ejemplo, de Venezuela, a pesar de la denuncia, han terminado siendo exitosos, así que no hay por qué llorar, hay solamente por qué luchar.

Muchísimas gracias a todos ustedes. Muchísimas gracias PUCP, ha sido un placer compartir este panel. Un abrazo para todos.

Si hay preguntas, aquí estamos. ¿Dónde están que no las veo?

No tenemos preguntas, chicos, o sea que yo doy por sentado que todos estuvieron como yo los escuché: clarísimos. Un abrazo.

Acabó, Marlene. Había una sola pregunta de Edgar Zúñiga para Maricarmen Tovar, y después dijo: «ya me contestó», así que ya le contestó.

Dicen que, a veces, no hay preguntas porque uno estaba muy oscuro o no hay preguntas porque uno ha estado muy claro, y puedo dar fe de que todos estuvieron clarísimos.

Ricardo Okumura: Muchas gracias, doctora Martínez. Muchas gracias también a todos los ponentes que participaron de esta primera mesa. Interesantes reflexiones que han compartido con todos nosotros.

A continuación, siguiendo con el programa del congreso, vamos a darle la bienvenida y el pase al doctor Mario Castillo Freyre, árbitro y socio fundador del Estudio Mario Castillo Freyre, para efectos de la presentación del libro *Actas del XIV Congreso Internacional de Arbitraje, Mediación + JRD*, perteneciente a la colección de la Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre.

Después de esto le cedo el uso de la palabra, doctor Castillo.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Ricardo.

Entiendo que también está el doctor Guzmán-Barrón, ¿verdad?

Ricardo Okumura: Sí, luego de usted, el doctor Barrón va a hacer los comentarios correspondientes, sí.

Mario Castillo Freyre: Bien, bueno. Muy buenas noches, estimados colegas y amigos. Voy a hablar sobre este librito que tengo aquí, que la Pontificia Universidad Católica del Perú. Decía que queremos presentar el libro que contiene las actas de las ponencias del congreso que la Universidad organizó el año pasado.

Siempre he creído que el hecho de que una casa de estudios promueve el arbitraje de la manera que lo hace nuestra universidad, a través de CARC-PUCP, representa una puesta extraordinaria en favor de la búsqueda de una sana solución de conflictos contractuales, y más allá de ello, una apuesta por la paz social.

Si hacemos una revisión de las instituciones que apuestan por el arbitraje, encontraremos que el grueso de ellas está compuesto por cámaras de comercio, las mismas que, en buena cuenta, son, como dice en su libro el profesor Antonio Pejovés, las herederas funcionales del antiguo tribunal del Con-

saludo de Lima, el mismo que en la Colonia, se encargaba de solucionar las controversias entre comerciantes, en procesos que no eran otra cosa que arbitrajes, pues los mismos se sustraían de la jurisdicción ordinaria.

También encontramos algunos colegios profesionales.

Paradójicamente, tal vez más de ingenieros que de abogados, además de algunas otras instituciones privadas de moderna creación, y algunas otras más antiguas, pero que en tiempos recientes han empezado a funcionar como centros de arbitraje.

El desarrollo del arbitraje en el Perú ha permitido que, en lo que respecta a la oferta de servicios arbitrales, hayamos visto el surgimiento de diversas instituciones, siendo muy pocas aquellas que han tenido y tienen un verdadero éxito.

El caso del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica es un ejemplo de éxito desde todo punto de vista. Siempre debemos recordar que esta apuesta de la universidad fue bastante arriesgada, pues al principio se pensaba que la PUCP estaba incursionando en un área de servicios ajena a las labores propias y tradicionales de una casa de estudios superiores.

Pero no debimos olvidar que la Universidad Católica siempre apostó por el desarrollo de una cultura de sana convivencia entre los hombres, siguiendo las enseñanzas de su fundador y primer rector, el padre Jorge Dintilhac, y en décadas más recientes, de quien siempre promovió ese mensaje y esa práctica de vida, nuestro exrector, el padre Felipe MacGregor.

Tal vez fueron pocas las personas que creyeron en un inicio en el éxito de este centro de arbitraje, pero el mismo en sus casi veinte años de vida, tuvo la suerte de contar con dos directores, que han sabido mantenerlo dentro de los cánones de rectitud y paulatina excelencia adquirida, como es el caso de su exdirector, doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, aquí presente, y de la actual directora, la doctora Marlene Anchante Rullé, además de la doctora Silvia Rodríguez Vásquez y todo el equipo del centro.

El Centro de Arbitraje de la PUCP organiza invariablemente su congreso anual desde el año 2007, al que siempre se ha invitado a los profesores y abogados que han aportado y aportan al desarrollo de la doctrina y práctica en materia de arbitraje, y desde hace algunos años, también en otras áreas, como es el caso de las juntas de resolución de disputas, materia en la que el centro ha sido y es pionero en el Perú, así como la mediación, temas que también serán desarrollados en estos tres días, en que se lleva a cabo este congreso.

Por lo demás, la continuidad de este evento lo ha consagrado como el congreso de arbitraje más antiguo de nuestro país, el mismo que pasó de convocar en sus primeros años a un público donde los alumnos de la universidad eran la mayoría, a tener en tiempos modernos un número muy importante de árbitros y abogados en ejercicio, así como a otras personas dedicadas a los diversos medios de solución de controversias.

Esto solo ratifica los logros de nuestro centro de arbitraje, el cual, desde hace ya varios años, ha pasado a convertirse en una institución protagonista del arbitraje en el Perú. La realidad nos demuestra que la apuesta de la PUCP por el arbitraje ha sido, sin duda, una apuesta ganadora, y la sociedad, en su conjunto, le agradece por la labor que viene desplegando.

Por lo demás, estamos muy contentos de poder presentar en sociedad el volumen 89 de la *Biblioteca de Arbitraje*, obra que recoge las ponencias y debates del congreso del año pasado. Nuestra *Biblioteca de Arbitraje* ha venido acompañando al centro de la universidad desde su primer congreso, cuya organización impulsamos con el doctor Guzmán-Barrón hace catorce años, lo que ha determinado que quince de los volúmenes de nuestra colección recojan las ponencias de los mismos. Uno por año, salvo un año que dio lugar a la publicación de dos volúmenes.

Esto determina que, de los primeros cien volúmenes de la *Biblioteca de Arbitraje* el 15% vaya a corresponder a los congresos de la Universidad Católica.

Para concluir, debo recordar, queridos amigos, que todos estos libros están a texto completo en la página web de nuestro estudio de abogados, www.castillofreyre.com, los mismos que son de acceso completamente libre para quienes deseen leerlos e, incluso, imprimirlos.

Ello, además de la colección en formato papel, impresa desde el número uno, el mismo que se presentó en el Centro Cultural de la universidad, el 6 de diciembre del 2006, de modo tal que la colección está próxima a cumplir quince años de existencia.

Por lo demás, debo agradecer la permanente colaboración y entusiasmo del medio arbitral, para que la *Biblioteca* no solo continúe su existencia, sino que acelere el ritmo de aparición de sus volúmenes, el mismo que ha pasado a ser en los últimos tiempos, de uno cada dos meses en promedio. Esta es la colaboración que constituye el alma y la vida de la colección, la misma que nunca ha aceptado colaboraciones o auspicios de orden patrimonial, pues ellos contaminarían la independencia de cualquier publicación dedicada a difundir las ideas sobre los métodos de solución de controversias y administración de justicia.

Concluyo reiterando mi gratitud a los directivos del centro de arbitraje de mi universidad y el compromiso de nuestra *Biblioteca de Arbitraje* para seguirlos acompañando en el futuro.

Muchas gracias.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Bueno, muy buenas noches.

Para mí es una satisfacción doble estar presente. En primer lugar, porque hoy, como ha recordado muy bien Marlene, al inaugurar este evento, se están cumpliendo hace muy pocos días, veinte años del arbitraje a cargo de la Universidad Católica, y Mario ha tenido a bien colocarnos en ese espacio: universidad brindando un servicio de arbitraje como parte de la cultura de paz que nuestra universidad siempre ha brindado.

Mi segunda satisfacción es estar con quien iniciamos; muchas veces promovido por él con gran entusiasmo estos congresos de arbitraje que parecían una quimera; sin embargo, miren, estamos en la décimo quinta versión. Sin embargo, aplicando, en estos momentos, estas posibilidades, estas situaciones en las cuales nos encontramos en tiempos de pandemia.

Solamente quisiera hacer un pequeño comentario acerca del libro que tuve a bien recibir hoy en la mañana, pero que he tenido oportunidad de revisarlo, y que se los recomiendo. Se los recomiendo porque no solamente es recordar, sino que es totalmente actualizado. Yo diría que este congreso, el congreso del año pasado, se adaptó a los tiempos de pandemia; es decir, esa fue una excelencia realmente ese congreso porque estábamos en tiempo de pandemia y parecía una quimera, parecía increíble realizar un congreso. Sin embargo, la mayoría de los temas, sino todos, estaban precisamente vinculados al reto que significa enfrentar un centro de arbitraje, los árbitros, las partes y todos aquellos que participamos en esta hermosa actividad que es solucionar conflictos a través de este medio alternativo, y poder lograrlo.

Yo creo que el resultado fue excelente. Yo quisiera hacer algunos comentarios, muy breves, por cierto, porque me parece interesante tener en cuenta lo siguiente. Recuerdan ustedes que en el primer tema fue desafío para los operadores en el contexto de arbitrajes no presenciales; es decir, qué tenemos que hacer nosotros como árbitros en una situación como esta. Y vimos que se enfrentó adecuadamente, no solamente el arbitraje, sino todos aquellos que también hemos intervenido en este proceso.

Fue un reto para las partes, fue un reto para los abogados, fue un reto para el propio centro. Y reto que tuvo respuesta como, por ejemplo, tenernos que convertir en hábiles en herramientas de este

tipo, que, precisamente, ya a los mayores nos resulta un poco difícil. Retos como, por ejemplo, el manejo del proceso mismo, es decir, el proceso arbitral impulsarlo bajo esta modalidad.

Al principio no fue fácil, les confieso, porque, como ustedes saben, yo soy árbitro hoy día; sin embargo, poco a poco, hemos llegado al extremo —y esto no me negarán mis coárbitros y amigos— que, cuando llevamos un arbitraje de esta naturaleza en una audiencia, no sabemos cuándo terminar. Como quiera que las partes no han tenido que venir de viaje a un lugar, etc., todos se sienten en la tranquilidad y facilidad de poder comunicar todo aquello que en la audiencia se tiene que desarrollar.

Eso tiene su ventaja porque nos permite conocer, de mucha más profundidad, esta situación. Y estos retos los vimos; a los actores, a los apoderados, a la secretaría arbitral, los métodos diferentes que había que cumplir en este proceso.

Otro tema que me gustaría resaltar de los tratados en este congreso que estas actas recogen de manera muy eficiente, son las experiencias prácticas en junta de resolución de disputas. Yo sé que el tema se va a volver a tratar, y además, se va a volver a tratar para saber cuáles son los avances. Pero aquí hemos tratado ya de explicar qué es una JRD, qué son los *dispute boards*, tema del que, además, logramos sacar una publicación con el auspicio de Mario, hace ya unos años, que fue la primera publicación latina sobre junta de resolución de disputas.

Pero, luego de eso, han venido ya las experiencias, y aquí nos encontramos, por ejemplo, con algunas dudas y preocupaciones; el papel de nosotros, de los abogados en la junta de resolución de disputas, que, a veces no llegamos a comprender la diferencia entre lo que es el arbitraje y la junta de resolución de disputas, si queremos entrar a una defensa legal, etc. Me van a disculpar si digo ahora, que a buena hora, decidieron que el presidente no fuera un abogado porque nos ha hecho difícil comprender este nuevo camino.

Después, en los tantos temas que las experiencias de Carlos López, Jaime Grey, Cecilia Misu, nos dieron en aquella oportunidad. Eso es algo que también quisiera resaltar porque yo creo que la gran novedad que hoy día Mario nos ha hecho recordar, de incorporar nuevas herramientas en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, hizo que tratáramos los pros y los contras de los MedArb en las controversias de contrataciones con el Estado.

Estos MedArb, yo creo que nos han dejado un reto y es ver si realmente los podemos implementar, porque ahí quedó como una muy buena intención, pero no hubo tal posibilidad de hacerlo. Es decir, se trata de superar tiempo, si utilizamos esta metodología, de superar los plazos, de mejorar, y es un reto pendiente.

Yo creo que sí se puede mejorar. ¿Por qué? Porque en un proceso, inclusive, en contrataciones con el Estado, si hay un mediador, y el mediador dicta, no dicta, sino llega a un acuerdo, este acuerdo lo convierte en laudo y esto le da seguridad. Y esos fueron los grandes temas que se trató en este evento, que yo creo que nos deja un reto, todavía, por desarrollar.

Otro tema que me pareció interesantísimo y que recoge muy bien esta publicación, es el relativo a los contratos en tiempos de covid. O sea, qué hacemos con los contratos. Por eso digo que este tema es absolutamente actual, y todavía lo podemos seguir leyendo y revisando, y les recomiendo revisar las actas.

Por ejemplo, tratar sobre cuál es el reto que se tiene ante la excesiva onerosidad de la prestación en tiempos de pandemia. El incumplimiento de los contratos del Estado en estos tiempos, la suspensión de los plazos, las normas especiales que se dictaron al efecto y todavía estamos hoy día adecuándonos a este tiempo especial.

Otro punto que me pareció fundamental, y quisiera con esto terminar este pequeño comentario, que les recomiendo leer, les recomiendo revisar que es el desarrollo en la infraestructura nacional bajo el marco del Acuerdo Gobierno a Gobierno.

Esa fue una experiencia personal que yo tuve, asesorando al Gobierno inglés en este campo, pero que me permitió compartir ese día, algo que señaló muy bien, en su momento, Gustavo Paredes, y que recuerdan estas actas. En el régimen, frente a un contrato con el Estado, tenemos dos opciones: o andamos por la rigidez de la Ley de Contrataciones del Estado, que —dicho sea de paso— la cambia cada Gobierno que viene, cada ministro que viene, o la flexibilidad de seguir este sistema de Gobierno a Gobierno, donde el conjunto de excepciones que se dictaron para llevar adelante todo el sistema de contratación de Gobierno a Gobierno, ha hecho que hoy día se piense que lo mismo se aplique a otras grandes obras en el país, y la pregunta que siempre nos hicimos y siempre nos haremos es: ¿Por qué no esas excepciones especiales que se dictaron para la Autoridad de Reconstrucción con Cambios no pueden ser la ley? ¿Por qué tenemos que continuar con un sistema tan inflexible, tan rígido para no lograr el gran objetivo?

Es que los contratos del Estado se cumplan porque estamos ahí atendiendo el bien del país, porque son contratos que tienen que ver con la luz, con el agua, con la educación, con la salud; es decir, atendiendo las necesidades básicas de la población, y hoy día hemos sufrido en carne propia todos nosotros cómo hay centros de educación; y sobre todo, colegios, más que colegios, centros de salud que no se han terminado y que no terminan nunca.

¿Y por qué no cambiamos las normas? Por qué no nos ponemos a pensar, y yo quiero dejar este mensaje que me parece importantísimo, lo esencial de estos congresos, y especialmente de este último en particular, cuyas actas muy bien se han recogido gracias a la bonhomía de Mario Castillo, nos permite revisar, una vez más, la necesidad de hacer cambios, sí, pero para bien, no para crear más condiciones, más reglamentos, más requisitos. No, no, no, sino para aligerar los requisitos y confiar, como se dijo en el último, en el primer evento que hemos tenido hoy día: nos falta confiar, y eso nos permitiría desarrollar un país realmente libre, y realmente independiente, donde se desarrollen estas importantísimas y necesarios contratos que atienden las necesidades básicas de nuestra población.

Nada más, Mario. Muchísimas gracias por tu permanente apoyo a esta publicación que... quiero terminar recomendándonos que lo lean, lo revisen porque vale la pena hacerlo. No son actas de lo que ya pasó. Son actas que están presentes hoy día porque, como dije al principio, y vuelvo a insistir, el gran mérito del congreso anterior fue responder a las necesidades del momento de los tiempos de pandemia.

Gracias, Mario, gracias al centro por continuar en este esfuerzo.

Mario Castillo Freyre: Gracias, César.

Ricardo Okumura: Muchas gracias, doctores, por su participación y comentarios

Ahora, vamos a tener un breve receso de unos cinco minutos y luego comenzaremos con la mesa n.º 2 del programa del día de hoy.

MESA N.º 2: CUESTIONES CRÍTICAS EN LOS ARBITRAJES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Alfredo Soria Aguilar (moderador)

Walter Albán Peralta

Silvia Rodríguez Vásquez

Pierina Guerinoni Romero

David Ortiz Gaspar

Ricardo Okumura: Bienvenidos nuevamente.

A continuación, procederemos con la segunda mesa programada para el día de hoy, que analizará el tema de las «Cuestiones críticas en los arbitrajes de contratación pública».

En esta oportunidad, tendremos como moderador al doctor Alfredo Soria, docente de derecho de la PUCP, Universidad del Pacífico y de la UPC; y como ponentes contaremos con la participación de la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, secretaria general de arbitraje, conciliación y *dispute boards* del Centro de Arbitraje de la Católica.

Contaremos también con la participación del doctor David Ortiz, procurador público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

También estará la doctora Pierina Guerinoni, árbitro independiente; y, finalmente, estará presente también el doctor Walter Albán, vicepresidente de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Católica.

Habiendo dicho lo anterior, le damos el pase al doctor Soria, quien introducirá la segunda mesa y comenzaremos con las ponencias.

Adelante, doctor.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias. Buenas noches con todos y todas. Un lujo estar en este panel conjuntamente con la doctora Silvia Rodríguez, el doctor David Ortiz, la doctora Mariela Pierina Guerinoni, doctor Walter Albán.

Así que vamos a hablar de un tema muy interesante, que son las «Cuestiones críticas en los arbitrajes en contratación pública», que es el escenario más grande de controversias en sede arbitral; el Estado tiene un gran número de casos; y, precisamente, esta mesa va a abordar ese tema, desde un punto de vista de aquellos aspectos en los que hay que reflexionar.

Entonces, va a ser muy valiosa la participación que nos traen el día de hoy los ponentes. En el caso, por ejemplo, de Silvia Rodríguez, nos ha comentado que va a compartir estadísticas. Así que todos ansiosos ahí con la información y los datos que nos va a brindar de lo que ha sido en los últimos tiempos, en el caso del arbitraje.

Tenemos la opinión también de los árbitros parte de la defensa legal también. Va a ser muy interesante esta mesa.

Entonces, sin más preámbulo, vamos a darle el uso de la palabra a la doctora Silvia Rodríguez, que nos va a hablar acerca del tema «El arbitraje en los tiempos del covid-19».

Adelante, doctora Rodríguez.

Silvia Rodríguez Vásquez: Gracias, Alfredo. Muchas gracias a todos los panelistas, a mis copanelistas; y, en general, quiero agradecer a todos los que están participando en nuestro congreso. Muchísimas gracias a Mario por esas palabras; al doctor César Guzmán-Barrón que ha sido director nuestro por tantos años, y a Marlene Anchante también que sigue apostando también por este congreso que año a año, en estos quince años hemos aportado a la comunidad arbitral; y, en general, a la comunidad legal. Todo ese espacio para conversar sobre lo que es el arbitraje.

En esta oportunidad, yo voy a, efectivamente, a compartir con ustedes unas reflexiones que tienen que ver con temas estadísticos, en realidad. Yo estoy segura de que a los abogados no nos gustan los temas estadísticos, pero creo que nos va a ayudar muchísimo tomar decisiones, tanto, yo creo a las entidades como a los propios árbitros; y, obviamente, a los proveedores del Estado.

Si bien lo llamamos «Arbitraje en los tiempos del covid», esta presentación, la referencia que quiero hacer yo en esta oportunidad es ver si en algo se movió esta aguja del arbitraje, en la que nosotros, por ejemplo, sabemos cuáles son los arbitrajes o cuáles son los contratos que generan más controversia. Ya todo el mundo sabe que, usualmente, son los contratos de obra.

Entonces, nosotros, el centro volteó y dijo «Bueno, ahora vamos a ver. Ya pasó un año y medio de esta pandemia, y ahora vamos a ver qué ha pasado con esos arbitrajes, qué ha pasado con estas controversias.

Aprovecho para agradecer muchísimo al equipo de arbitraje que nos ha ayudado a obtener todos estos datos; y, en especial, a Anthony, a Sonia y a Mabi Quispe, que han sido los que también han recogido la información y hemos podido trabajar en eso. Muchísimas gracias por los aportes y por todas las ideas que hemos podido tener.

Bueno, en realidad, es algo de lo que voy a hablar y lo que estoy poniendo aquí en esta presentación es algo que todos sabemos. El 16 de marzo del año pasado hubo un *lockdown* en el Perú, un aislamiento social obligatorio, y la cuarentena, y todo quedó paralizado.

Se hicieron los esfuerzos máximos por el Gobierno en esa oportunidad para evitar que las relaciones jurídicas, en general, y, en realidad, todos nos veamos menos afectados en lo posible.

Salieron una serie de normas que están aquí, ustedes lo podrán ver.

El Decreto Legislativo n.º 1486, Disposiciones para mejorar y optimizar la ejecución de las inversiones públicas, hablaba en temas de contrataciones del Estado.

La Directiva n.º 005 que sacó el OSCE, y luego, el Decreto Supremo n.º 005-2020-OSCE/CD, que hablaba específicamente de establecer disposiciones en materia de contrataciones públicas para facilitar la reactivación de contratos de bienes y servicios, y se modificaba, en alguna medida, el Reglamento de Libres Contrataciones del Estado.

Todo esto con el fin de activar la economía, que no haya tantos inconvenientes en las relaciones jurídicas; y, obviamente, también una guía, una interpretación para que cada entidad tenga, bueno, el norte, para poder resolver y tomar decisiones, y así evitar que algunas entidades, algunos contratistas o las personas, en general, puedan interpretar como ellas creían podría interpretarse, de repente, lo que estaba sucediendo en este momento.

Entonces, sucedió lo que sabemos porque ahora estamos mirando hacia atrás, que las relaciones jurídicas se afectaron; se afectó el sector salud; todo lo referido al sector salud se afectó. Se afectó las adquisiciones, se afectó el tema del transporte, todo esto que he querido poner acá refleja todo este cambio que ocurrió en todo este año y medio, y todas las relaciones jurídicas que se tenían; la compra de oxígeno, el tema de la compra de medicamentos, los *kits* de pruebas; el tema de cómo entregaban los bonos, si había bonos. El tema, por ejemplo, de cómo, de repente, estos proyectos, la educación misma, las construcciones; todo cambió. Y, obviamente, si las relaciones jurídicas cambian, obviamente, cambia también, de repente, la perspectiva de estas controversias; qué controversias se nos venían. Eso es lo que hemos querido reflejar ahora.

Entonces, el estudio, ese análisis de datos que he hecho, este periodo desde el 16 de marzo del 2020 hasta el 31 de agosto del 2021. Entonces, ¿qué impacto ha tenido el covid-19 en los arbitrajes?

Como les vuelvo a repetir, este análisis de datos va por el tema de ¿qué ha venido acá? No porque ya lo tratamos hace mucho tiempo, el tema de si ya todas manejan el Internet, si ya todos saben trabajar a través de una audiencia virtual, eso es algo que ya es una verdad hecha, y todo el mundo lo puede manejar, se tiene que haber adecuado, sino es un análisis de qué es lo que ha venido sucediendo en los temas de los contratos en sí mismos.

Entonces, lo primero que queremos mencionar a toda la comunidad, es que hemos hecho un análisis de arbitrajes que estaban relacionados o no con el covid.

En el año 2020 de todo nuestro universo, el arbitraje no covid, es decir, que no hay ninguna mención al tema del covid, ha sido un 72 %, mientras que un 28 % sí tenía algún tipo de relación con la pandemia.

En lo que va del año 2021, miren, el corte es hasta el 31 de agosto del 2021, ya suma el 24 %. Todavía faltan los meses que quedan para ver si hay algún tipo de relación.

Interesante porque ya no es algo que nos tomó de sorpresa, es algo que ya, que, simplemente, no nos ha tomado de sorpresa porque ya tenemos un año y medio de pandemia.

Entonces, en el año 2021, pues, deberíamos esperar que ya estos arbitrajes relacionados con el covid ya no sean tan frecuentes, porque ya nos estamos adecuando a la nueva realidad, ya hay mucha normativa, pero, sin embargo, el número se sostiene, entonces, eso es lo que nos llama la atención, el número se sostiene. Tal vez porque la ejecución de los contratos viene también de larga data. Sabemos que se pueden ejecutar los contratos a lo largo de unos dos años, y, por supuesto, de repente, podemos seguir esperando esa cifra o que vaya en aumento y tal vez supere el año 2020.

También quisimos, obviamente, este panel es para ver los arbitrajes en temas del Estado; y, obviamente, lo que hemos querido enseñarles en esta presentación es qué participación tiene el Estado en los arbitrajes relacionados al covid.

A la mano derecha podrán ver ustedes que hay un porcentaje muy alto. Somos Universidad Católica, sabemos que los arbitrajes que vienen están basados principalmente en temas del Estado, pero también tenemos arbitrajes privados. De estos arbitrajes del Estado o privados que tienen relación con el covid, el 97,9 %, como ustedes lo pueden ver ahí, son arbitrajes donde el Estado interviene. Conclusión: el Estado está teniendo más problemas con el tema del covid-19. También tenemos un pequeño porcentaje de los privados, principalmente, temas, por ejemplo, de... ya que no pueden seguir arrendando, temas de pago de arriendos, etc. También hay un tema de imposibilidad de poder cumplir el contrato.

Pero, sí, es algo interesante ver cómo es que el Estado, al final, termina siendo el que tiene más problemas, precisamente, por la pandemia, y la posición del Estado cuál es. El demandado, es normalmente el Estado es demandado, como ustedes pueden ver allí, el 88 %, y como demandante. Es decir, el Estado también está demandando con arbitrajes que tienen relación con el covid también el Estado está participando como demandante.

Entonces, eso quiere decir, desde mi punto de vista, que el Estado, de alguna manera, se siente afectado y, obviamente, de repente, los proveedores no están cumpliendo con los contratos; y, obviamente, ellos salen a presentar los reclamos correspondientes.

Y este punto me parece bastante interesante a mí porque hemos querido desmenuzar esta palabra de «relacionado con el covid». En ese 28 %, en ese 24 %, que les mencioné hace un momento, tenemos dos posibilidades. Hay arbitrajes, que vienen, que se derivan de contratos, cuyo objeto contractual ha sido la mitigación de la pandemia, mientras que, y es un 22 %, nada despreciable.

Y, por otro lado, hay arbitrajes que devienen de otros contratos, pero que, cuya motivación, la motivación que se da es, precisamente, la pandemia. Las pretensiones tienen relación con el covid. Algo pasó que lo relacionó con el covid.

Obviamente, nosotros, yo como abogada, cuando miro este número, este 22 % de arbitrajes, cuyo objeto contractual, o, mejor dicho, contratos que han tenido que entrar a arbitraje, que su objeto contractual es la mitigación del covid, me pregunto por qué, qué fue lo que sucedió. O sea, yo creo que cualquier persona podría hacerse esa pregunta. Porque, claro, si está tratando de mitigar una pandemia, y desde el año pasado o hace un año y medio, vamos a cumplir dos años con el covid ya presente, pues, definitivamente, estos contratos no llegaron a cumplir su objetivo. Qué fue, qué pasó con esos contratos.

Bueno, les estoy mostrando aquí una de las varias razones por las cuales no se cumplió. O más que las razones, son los objetos contractuales; los objetos contractuales por los cuales ahora tenemos diversos arbitrajes.

Por ejemplo, a mí me llama la atención esta entrega del *kit* de atención rápida del nuevo corona virus; el primero que tienen ustedes ahí. Luego, camas hospitalarias; útiles de aseo y suministros para el hospital, para un hospital que era, precisamente, temas del covid. Y lo que más me sorprende a mí es el tema del oxígeno: adquisición de una planta de oxígeno.

Entonces, vamos viendo cómo es lo que, supuestamente, se contrató para evitar la pandemia, al final, no se pudo conseguir.

Y ahora tenemos otras cosas más, esto es, arbitrajes con pretensiones motivadas por el covid. Por ejemplo, una relación con el covid es ampliación del plazo por reactivación económica. Demora para presentar solicitud de arbitraje, calendario acelerado por retrasos injustificados, etc. O sea, tenemos muchísimos arbitrajes también que se han presentado, que, tal vez, los contratos no tengan el objeto contractual covid, mitigar el covid, pero sí han utilizado esta pandemia, lamentablemente, como una de las motivaciones.

Acá está, digamos, cómo se puede ver, el número de casos, el porcentaje de los casos que podrían dar cuenta de cuál, por ejemplo, ha sido la mayor razón. La mayor razón la tienen ustedes acá abajo, «ampliación de plazo por reactivación económica». Eso quiere decir, tal vez, que las entidades no están atendiendo o entendiendo, tal vez, o los propios contratistas entendiendo cuál, cómo se debe aplicar esta normativa de la reactivación económica.

¿Cuáles son los arbitrajes que han venido según el tipo de contrato? Como ustedes pueden ver, ejecución de obra, 28 %, pero miren cómo cambió y es la adquisición la que tiene ahora un mayor porcentaje, 37,8 %. Y es que claro, tenemos la adquisición de medicamentos, de camas, todo lo que está relacionado con el covid. Servicio de obra ha quedado en 21 % y otros servicios como consultorías, etc., otros servicios, 12 %.

Acá también, lo que nosotros hemos querido hacer es mostrarles quiénes son, tal vez, las entidades que están litigando y que están involucradas en el arbitraje y todavía tenemos al MTC con un monto bastante alto, que es el 29,6 %, pero no teníamos antes mapeado, ahora están EsSalud y el Minsa, que, si sumamos el sector salud, van a ver que hay un buen número, incluso, por aquí tenemos hospitales, órganos de salud desconcentrados, etc., que tienen que ver también con el sector salud, que es en el que han surgido el mayor número de arbitrajes. Entonces, quiero también eso es algo muy importante tenerlo en cuenta.

Y, justamente, lo que queríamos mostrarles a ustedes era qué arbitrajes en el sector salud han ocurrido, y de acuerdo al tipo de contrato.

Tenemos siempre EsSalud con adquisiciones, como ustedes pueden ver, las adquisiciones son las que tienen el mayor monto, mejor dicho, mayor número de arbitrajes. Le siguen ejecución de obra, también tenemos, luego, servicios sobre obra y otros servicios.

Con eso termino ya. Lamentablemente, es algo terrible, todo lo que nos ha sucedido y nosotros hemos querido hacer, de repente, un cuadro donde muestre la tendencia, lamentablemente, de fallecidos que se ha tenido, que coincide con la primera ola, y, lamentable, si hay una correlación positiva entre el pico de arbitrajes que sufrimos nosotros, de alguna manera, relacionada también con el pico de la primera ola, tenido con la tasa de fallecidos.

Como ustedes pueden ver, el pico llegó de la primera ola en julio; y, en el caso de nuestro pico, en temas del número total de casos, y el número de casos relacionados con el covid fue en agosto.

Esto es, digamos, reflexiones que estamos haciendo iniciales. De hecho, el siguiente año también queremos ver qué es lo que está pasando. Esperamos tener muchas mejores noticias y que, en todo caso, las controversias que vengan, en realidad, sean las controversias que usualmente hemos tenido, y no la pandemia.

Reflexión final, por favor, a las entidades, si ya hay funcionarios que están acá viendo, o están teniendo mayores controversias en contratos que, tal vez, antes no las tenían adquisiciones. Reflexión para los árbitros: ahora se necesita árbitros que vean mucho ese tema de adquisiciones, sobre todo, en temas de medicamentos y temas del sector salud.

Y, en general, los contratistas, bueno, también llamar a la reflexión para que también ellos vean lo que está sucediendo con los arbitrajes en la Católica y que, tal vez, no quisiéramos, sinceramente, tener arbitrajes en temas de pandemia porque sabemos que es muy importante que estos contratos se cumplan para la mitigación del covid-19.

Muchísimas gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias, doctora Rodríguez.

Y la estadística es muy importante, porque cómo sabemos si se logran los objetivos, si es que no medimos. Cómo sabemos, eventualmente, el impacto de un nuevo acontecimiento, si es que no lo medimos. Por eso es que es muy importante y muchísimas gracias, doctora Rodríguez.

Vamos a darle ahora el uso de la palabra ahora al doctor David Ortiz, quien nos trae el tema de «La problemática del Registro Nacional de Árbitros-OSCE y las recusaciones de los árbitros».

Buenas noches, doctor.

David Ortiz Gaspar: Buenas noches con todos.

En principio, agradezco al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú por permitirme estar en este importante evento académico. Considero que es el principal que desarrollan en el país; y, además, también tener el agrado de compartir esta noche con destacados árbitros profesionales especialistas en la materia.

Evidentemente, como ha señalado el doctor Soria, mi tema se va a centrar en «La problemática del Registro Nacional OSCE», y, además, también viendo las consecuencias que esto está generando, y una de esas consecuencias es la formulación de constantes recusaciones a los árbitros que designa la entidad.

Yo creo que es importante preguntarnos quiénes pueden ser designados como árbitros para resolver controversias en las cuales interviene el Estado. Evidentemente, digamos, la respuesta es una

respuesta limitativa porque no cualquier profesional, no cualquier abogado puede resolver este tipo de controversias, sino la norma ha primado el principio de especialización para poder encargar a ciertos profesionales esta importante labor, la de resolver controversias cuando interviene en el ámbito arbitral.

Entonces, podemos observar, pues, que la designación de los árbitros es la etapa más importante, incluso, del arbitraje, puesto que, como dice este adagio francés, tanto vale el árbitro como vale el arbitraje. Y esto es muy importante porque, si nosotros observamos y analizamos, por ejemplo, desde el ámbito de las procuradurías públicas, nos preguntamos cuándo empieza la elaboración de una estrategia de defensa, en el ámbito ordinario, en el ámbito del Poder Judicial, de repente, podemos decir que la estrategia de defensa empieza cuando tú contestas la demanda, cuando tú elaboras la demanda.

Y esto, en el arbitraje no es del todo correcto, a nuestro criterio y en base a la experiencia casuística que tenemos en el ministerio, podemos señalar que la estrategia, en realidad, empieza cuando tú designas un árbitro. Y si tú designas un árbitro que no conoce, que no tiene especialización, y encima, que está cuestionado porque, de repente, tiene algunos problemas de índole penal, este arbitraje no va a llegar a buen puerto porque, posiblemente, va a demorar porque el árbitro va a demorar porque no tiene esa visión del arbitraje que rige el arbitraje, o, en todo caso, va a terminar, pues, colapsado por «N» recusaciones que se puedan plantear.

Entonces, como se dan cuenta, la designación del árbitro es un hito muy importante en el arbitraje con el Estado, pero, digamos, el legislador, a través de las diversas normas, como la Ley de Contrataciones y el Reglamento de la Ley de Contrataciones ha delimitado esta facultad que tiene, en este caso, el defensor de los intereses del Estado, el procurador público, al momento de designar un árbitro.

Entonces, para centrar más en mi presentación, nos preguntamos o nos hacemos esta pregunta, ¿qué es el RNA OSCE? Esta definición la he sacado de la misma página del OSCE, en la cual, dicho organismo señala, pues, que es un listado de profesionales que pueden desempeñarse como árbitros cuando una entidad designa en arbitrajes institucionales o *ad-hoc*, y para efectos de designaciones residuales. Al respecto, es importante tener esa Opinión n.º 084-2021/DTN del OSCE que, recientemente, se ha dictado, que, incluso, ha cambiado el criterio el OSCE y ha señalado que cuando se designa de manera residual al árbitro que le corresponde al Estado, desde esta emisión de esta opinión, ya no va a ser necesario que este árbitro esté en el Registro Nacional de Árbitros.

Evidentemente, el OSCE creo que ya se está dando cuenta de que el Registro Nacional de Árbitros, respetuosamente lo digo esto y a título personal, no ha surtido efectos prácticos en la realidad, porque no asegura, y lo voy a señalar con casuística y con algunas observaciones en las siguientes diapositivas, no asegura contar con los profesionales más idóneos, «dóneos», y resalto esto en el ámbito moral.

Es importante resaltar esto porque, cuando se resuelve una controversia, con el Estado, no únicamente se está resolviendo un litigio entre dos particulares, como, de repente, puede ser en el ámbito privado, sino, de por medio se van a discutir aspectos que van a tener repercusiones sociales, económicas, como por ejemplo, en los arbitrajes que tenemos en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, arbitrajes vinculados a infraestructura vial, arbitrajes vinculados con el Ministerio de Educación, por ejemplo, la construcción de colegios, la construcción de hospitales.

Entonces, para que estas decisiones puedan gozar de algo de legitimidad porque, de por medio hay un interés social, también se le debe exigir a estos resolutores, a estos señores que administran justicia arbitral, que tengan ciertas cualidades éticas y morales; y, lamentablemente, el Registro Nacional del OSCE no te asegura que los que van a estar en el Registro Nacional de Árbitros cuenten con esta idoneidad.

Entonces, como bien he señalado, en teoría, este registro pretende contar con profesionales idóneos en el ámbito de la experiencia profesional, en la formación académica, y la idoneidad moral. Y esto lo dejo en signos de interrogación porque, como señalé, este registro, lamentablemente, no asegura ello.

Entonces, ya para ir centrando, para que el Estado pueda designar un árbitro, este árbitro tiene que estar en este registro administrado por el OSCE, y un aspirante a ser miembro o a ser registrado en este RNA, pues tiene que cumplir una serie de parámetros o de pasos.

Por ejemplo, tienen que presentar una solicitud; luego tiene que rendir una evaluación de conocimientos; tiene que acreditar, por ejemplo, la capacitación universitaria en temas de contrataciones con el Estado, mínimo 120 horas; o, en todo caso, adjuntar las diplomas o doctorados que tenga sobre la materia, y en el caso de que sean docentes universitarios, también lo pueden acreditar con las constancias respectivas. Y, luego, para el caso de aquel árbitro que quiera ser presidente o árbitro único, además de sus conocimientos en contrataciones con el Estado, deberá, pues, sustentar su conocimiento con respecto a arbitraje y derecho administrativo. Una entrevista personal y estás o eres parte del Registro Nacional de Árbitros.

Y esto, para mi criterio, no ha surtido efecto por las siguientes razones. He hecho una serie de observaciones y algunas propuestas de solución.

La primera observación que hemos elaborado es, por ejemplo, que el Registro Nacional de Árbitros es bastante limitado, el cual conlleva a un desequilibrio en la defensa jurídica del Estado.

Yo creo que esto es importante tenerlo en cuenta porque cuando el Estado designa un árbitro, prácticamente, le estás limitando la facultad de poder elaborar una estrategia adecuada de defensa de los intereses del Estado porque estos árbitros que designa el Estado, necesariamente, tienen que estar en el Registro Nacional de Árbitros; y, con todo el respeto del mundo lo señalo, que, necesariamente, no están todos o estos 136 árbitros que están en este registro, pues, no cuentan con esto.

Y esto nos limita de manera grave, y de una u otra manera, va a dificultar en la defensa de los intereses del Estado porque, como señalé, en un arbitraje, la estrategia de defensa empieza desde la designación del árbitro, y si yo tengo ya una lista limitada, evidentemente, no tengo la libertad que yo debo obtener para poder realizar una adecuada defensa de los intereses del Estado.

Yo considero que no podemos construir instituciones en base a la desconfianza. Yo creo que la lógica del legislador en este apartado es hacer ver o desconfiar en los procuradores públicos, desconfiar en las entidades, y es por eso que delimito el marco de acción, y digo, cuando el Estado designa a los árbitros, estos tienen que estar en el Registro Nacional de Árbitros. Hay como una suerte de paternalismo.

¿Con esto qué mensaje estamos dando? Que los procuradores no pueden designar un árbitro correcto o un árbitro idóneo. Entonces, yo creo que esto es muy importante tenerlo en cuenta.

Y al respecto, ¿qué propuestas o recomendaciones damos?

Nosotros consideramos que se propone que la inclusión de los árbitros en el RNA se realice únicamente con la acreditación de formación académica y experiencia profesional y todo esté sujeto a fiscalización posterior, como señalé, no podemos construir instituciones en base a la desconfianza. No podemos tener como premisa «piensa mal y acertarás». Eso, de repente, es para doscientos o cien años atrás. Si queremos construir un Estado constitucional, garantista, yo creo que tenemos que invertir esta minilista y partir desde el principio de confianza, toda fiscalización posterior, y esto va a generar que esa lista que, en la actualidad, son 136 profesionales que, para mí y para nuestro equipo, todos designables cuando participa el Estado, pues, va a permitir que se amplíe esa lista.

Y, además, que se dé una suerte de evaluación cada cierto tiempo para mantener o hacer una suerte de ratificación, como funciona en el Poder Judicial. Los jueces son nombrados, ganan una plaza cada siete años, y cada siete años se les da un examen para su respectiva ratificación. De repente, en este caso, los árbitros que están en el Registro Nacional de Árbitros cada tres años, cada cuatro años, puedan tener una serie de evaluaciones en base a su producción, y ver si son ratificados o no.

Nosotros consideramos, y esto es lamentable, porque consideramos que se debe flexibilizar la exigencia en la acreditación de la experiencia porque en el mercado laboral peruano existen árbitros, que muchos de ellos, personalmente, los he tenido como profesores en las materias de arbitraje, cuentan con libros, cuentan con diplomados e, incluso, son las voces autorizadas en esta materia, en estos congresos, y muchos de esos árbitros participan en este congreso que organiza la Universidad Católica, pero, lamentablemente, no tienen esas certificaciones porque, de repente, lo han llevado hace mucho tiempo, y además son investigadores y fuente de conocimiento en esas especializaciones.

Yo creo que para este aspecto se debe implementar una suerte de un sistema de invitaciones, para que el OSCE evalúe y vea, pues, qué profesionales con trayectoria profesional, puedan ingresar a la RNA de manera directa, y no pasar por estos exámenes que, como dije, son memoristas y no aseguran la idoneidad y ética profesional.

Lamentablemente, el tiempo ha pasado volando y yo tengo acá el cronómetro. Parece que no he calculado bien. Hay siete observaciones, me he quedado en la primera observación. En todo caso, si es que me dan la posibilidad de hacer en el segundo tramo unas preguntas, quiero aprovechar ese tiempo para poder desarrollar las siguientes observaciones tipo apuestas de solución que estamos dando.

Muchas gracias. Con esto concluyo mi participación.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias, doctor Ortiz.

Vamos a tener una etapa de preguntas. De repente ahí nos complementa sus ideas.

Le doy el pase ahora a la doctora Pierina Mariela Guerinoni, que nos va a desarrollar «Los efectos del Registro Nacional de Árbitros del OSCE», desde la perspectiva de los árbitros.

La doctora Mariela Guerinoni es una de los mejores árbitros del país, así que le damos el uso de la palabra. Adelante, doctora. Un lujo tenerla aquí.

Pierina Guerinoni Romero: Muchas gracias, Alfredo, y, sobre todo, muchas gracias por tan inmerecidas palabras. Te agradezco mucho. Y también mi agradecimiento, por supuesto, a mi casa de estudios, y felicitarla por este XV Congreso de Arbitraje, Mediación+Junta de Resolución de Disputas. Agradecerle a César, que fue el gran propulsor de este centro, a Marlene, también por su empuje; y, de todas maneras, a nuestra queridísima Silvia, que está al timón de la sección de arbitraje, de lo que corresponde a arbitraje, y que, por supuesto, lo maneja extraordinariamente bien.

Muchísimas gracias por invitarme y muy feliz de compartir este panel con tan honorables panelistas.

Bueno, no podría estar más de acuerdo con lo dicho por mi colega, el doctor Ortiz.

Tenemos este Registro Nacional de Árbitros y que nace en el 2016, como un registro que cada árbitro tenía que hacer, llenar sus especialidades, y que constituía un registro para ser árbitro en contratación estatal. Pero, paralelamente a eso teníamos un registro del OSCE, a través del cual el OSCE, a través de un procedimiento, elegía a determinados, incorporaba en su nómina a determinados árbitros, para designar el propio OSCE, cuando tenía que designar residualmente.

Es en el año 2019 que el RNA se convierte en un tema crítico en los arbitrajes en contratación estatal, porque, efectivamente, como bien ha mencionado el doctor Ortiz, en el año 2019, con el Decreto Legislativo n.º 1444, se dice, pues, que los árbitros, cuando las entidades, mejor dicho, tienen que designar a un árbitro, este árbitro tiene que ser del RNA-OSCE. Pero, no solo eso, el presidente, y hasta hace muy poco, el árbitro único, por *default*, por el reglamento, tanto en institucionales como en *ad-hoc*, también tenían que ser del RNA-OSCE, con lo cual también puso en una encrucijada a los centros de arbitraje. ¿No es así? Porque los centros de arbitraje tenían que corroborar que, efectivamente, el árbitro que designen como presidente o como árbitro único, de manera residual, tenía que estar en este RNA.

¿Qué generó esta situación?, y tengo que hablar del pasado, tengo que poner la foto del pasado para, precisamente, no caer en los mismos errores a futuro. En el pasado, lo que sucedió fue que el RNA se junta con este registro que tenía el OSCE para designación residual, y a partir de junio del 2020 se convierte en un registro único. Y, a partir de ese momento, además, bueno, tenían que estar en ese registro aquellos que cumplieran con todos estos requisitos que ya nos ha comentado el doctor Ortiz, entre ellos, el examen de conocimientos, que, dicho sea de paso, el examen de conocimientos ya venía del 2016; y la entrevista que también ya venía del 2016. No, que muchos árbitros, por supuesto, de reputadísima trayectoria, con una experiencia vasta en arbitraje, simplemente, no estaban dispuestos a dar ese examen porque consideraban que no les correspondía por la gran trayectoria que tenían.

Bueno, qué generó esto, que ese registro cada vez más tenga menos árbitros designables por la entidad, y designables, tanto por el OSCE como por las instituciones arbitrales, como presidente y como árbitro único, y voy a explicar que ya eso lo han modificado.

Yo hice mi tarea porque en mi trayectoria profesional de diez años de árbitro había tenido por ahí tres recusaciones, era mucho. Sin embargo, comencé a tener muchas recusaciones, muchísimas. No muchísimas, cinco-seis porque el tema común eran designaciones reiteradas.

Entonces, tuve que hacer mi tarea en enero. Fue un momento que me hicieron recusaciones y tuve que hacer mi tarea en abril, que también me presentaron recusaciones.

Resultaba que en enero, en el RNA existían 76 árbitros para ser designados. En abril habían 44, y como yo siempre digo, no solamente es el hecho de estar en el RNA, sino que las entidades, como bien lo ha señalado el doctor Ortiz, también tienen sus propios filtros; no consideran que todos los árbitros que están en el RNA deben ser designables. Y, por supuesto, las instituciones arbitrales también tienen sus propios filtros. Yo recuerdo que hice la tarea en enero, y el CARC-PUCP tenía 29 árbitros designables, mientras que en abril tenía 11, y, por supuesto, si esta cuestión no era modificada en el tiempo, si ya había entrado en crisis, iba a ser mucho peor.

Con el Decreto Supremo n.º 163-2021, se palea en algo esta situación. Como bien ha mencionado el doctor Ortiz, ahora se tienen 136 árbitros en el registro. ¿Y por qué? Porque lo que se hizo con este decreto supremo fue incorporar aquellos que íbamos siendo eliminados porque se nos vencía el registro, aquellos que estábamos vigentes al 31 de mayo del 2021. Entonces, ahora hay 136.

Yo recuerdo que hice un análisis, por supuesto, no lo tomen muy en serio porque lo hice yo, pero con datos del 2019 del propio OSCE, en que había, pues, aproximadamente, 36,000 procesos de selección en el ejercicio fiscal 2019. Si nos ponemos a pensar que la cuarta parte de esos procesos de selección llegan a un arbitraje. Ya llegaron a un contrato, firman y suscriben un contrato y llegan a un arbitraje, la cuarta parte siendo muy conservadora. Estamos hablando de 9,000 contratos.

Entonces, 9000 contratos entre 136, que ojo ya mencioné que no todos son designables, porque un registro no te garantiza, pues, la experiencia. Un registro no te garantiza tu reputación. Un registro no te garantiza tu ética, tu honestidad.

Entonces, estaríamos hablarnos de 66, si designasen a los 136, de igual forma, todas las entidades del Estado, y las designaciones residuales, por cada árbitro habría 66 arbitrajes, que es una cantidad bastante considerable. Y eso generó, por supuesto, y lo he sufrido en carne propia, como les estaba mencionando hace un momento, recusaciones por designaciones reiteradas.

Entonces, eso ha generado muchísimos problemas para los árbitros que nos tenemos que distraer de nuestra misión. Y nuestra misión es resolver la controversia, en base a lo alegado por las partes, en base a los medios probatorios, y pedir un laudo de la forma más cèlere posible, y de la manera más justa posible, conforme a los medios probatorios y las alegaciones de las partes. Esa es nuestra misión. Nuestra misión no es responder recusaciones. No es así y nos distrae tiempo porque son recusaciones que, muchas veces, son o maliciosas o frívolas, o muchas veces no acorde con la realidad peruana.

¿Y por qué digo esto? Porque hay muchos estudios de abogados que están utilizando ahora a las recusaciones como parte de su estrategia procesal. Muy bien. Pero, también hay estudios muy sofisticados, muy inmiscuidos en el arbitraje, por ejemplo, internacional, que pretenden aplicar las reglas IBA para decir que hay designaciones reiteradas en arbitrajes en contrataciones estatal. Aquellos que argumentan las reglas IBA, que nadie discute la validez, lo positivo que tienen las reglas IBA para poder identificar conflictos de interés.

Definitivamente, son reglas que se han concebido para el arbitraje comercial internacional, pero que sirven, por supuesto, que no son obligatorias, salvo que las partes así lo digan, pero que sirven, por supuesto, de referente muy importante para poder identificar situaciones de conflicto de interés. Yo las reviso constantemente, pero no se puede pretender aplicar estrictamente lo que dicen las reglas IBA con el arbitraje, sobre todo, en contratación estatal, y yo me estoy refiriendo exclusivamente al arbitraje en contratación estatal.

Y lo que dicen es: «¡Ah!, si te designaron en tres años una vez, ya tienes que revelarlo, y si no lo revelas, es que hay apariencia de parcialidad, y ya tienes una relación con esa entidad».

Lo que no se percatan estos estudios de abogados, esa regla que está en la lista naranja, tiene una nota de pie de página que muy pocos revisan, y esa nota de pie de página qué dice, que en cierto tipo de arbitraje, como se ha dado algunos ejemplos, y yo me atrevería a incluir arbitrajes en contratación estatal en el caso peruano.

Puede que la práctica sea escoger a los árbitros de un colectivo más reducido o especializado de personas. Cuando en un tipo concreto de arbitraje sea costumbre, en nuestra realidad, tenemos que leer costumbre-obligación, porque ahí está el RNA, que obliga a las entidades a designar de allí y a las instituciones también cuando designan residualmente.

Entonces, cuando en un tipo concreto de arbitraje sea costumbre-obligación, repito, que las partes seleccionan repetidamente un mismo árbitro para distintos asuntos, no será necesario poner de manifiesto esta circunstancia, si todas las partes en el arbitraje deberían estar familiarizadas con esta costumbre, de nuevo, obligación. ¿Quiénes son las partes? Los estudios de abogados, los árbitros, las entidades estatales, los contratistas, las instituciones, y todos los operadores del arbitraje en contratación estatal.

Entonces, yo quisiera, en el minuto que me queda, dar algunas sugerencias o propuestas para mejorar esto.

En primer lugar, OK, la situación ya se palió hasta junio del 2022, en tanto nos han incorporado estos árbitros y ya son 136, y no son 44, lo que era en abril, no. Sin embargo, en junio del 2022 estaremos en la misma situación, si es que no se hace algo.

Y lo que yo sugiero, y un poco que el doctor Ortiz me ganó un poquito la propuesta, es sí, que los árbitros, OK, que acrediten su experiencia en arbitraje. Que acrediten, de repente, conocimientos, pero que no les pidan, pues, no quiero decir nombres, no, pero, árbitros que son los que han instituido a la institución arbitral en el Perú. No le piden, pues, un certificado de 120 horas de haber seguido el curso de contratación pública. O sea, hay que tener criterio para todo en la vida. Lamentablemente, las universidades no dan clases de criterio. No hay cursos de criterio, hay que tener criterio; y, sobre todo, que el Estado tome conciencia, porque es el Estado que se está poniendo zancadillas; le ponen zancadillas al propio Estado. Y, de paso, nos complican la existencia a los árbitros y favorecen al contratista porque, claro, los contratistas pueden elegir de donde quiera, no tienen que ir al RNA. ¿Conforme?

Entonces, de repente, los centros de arbitraje también tengan criterios que puedan transparentar criterios de cómo resuelven las recusaciones cuando hay estas designaciones reiteradas o falta de revelación porque con tanta designación reiterada, uno se puede olvidar, y esto tampoco es para causal de recusación.

De repente que las instituciones arbitrales transparenten en función al árbitro cuántos arbitrajes ha tenido en ese centro, desde el primero hasta el último. ¿Con quiénes ha participado? ¿Quiénes han sido sus coárbitros? ¿Quiénes han sido las partes? Transparentar esta información para que, de esa manera existan menos recusaciones, rechazar recusaciones *in limine* cuando no tengan pruebas. Y muy importante, que las instituciones arbitrales sancionen a aquellos abogados que presentan, pues, estas recusaciones frívolas y temerarias.

Lamentablemente, propiciadas por el propio Estado con el RNA. Esta situación tiene que cambiar, y esperemos que, en el tiempo, hasta antes de junio, y esperemos que mucho antes de junio del 2022, porque cada vez la lista puede ser menor, modifiquen los requisitos para estar en el RNA. Y también aplaudo lo dicho por el doctor Ortiz, que el OSCE también invite a aquellos árbitros reconocidos que tienen una trayectoria.

Muchas gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias, doctora Guerinoni.

Vamos, a continuación, a darle el uso de la palabra al doctor Walter Albán que nos trae un interesante tema, que son las funciones del OSCE en el arbitraje derivado de la contratación estatal, y el rol de las instituciones privadas en la misma materia.

Adelante, doctor Walter Albán. Puede encender su micrófono y su cámara. Adelante.

Walter Albán Peralta: Bueno, muchísimas gracias, doctor Soria, también por supuesto, muy honrado de participar en este panel con Mariela Guerinoni, con Silvia Rodríguez, y creo que estamos coincidiendo, además, con el doctor Ortiz, que es uno de los procuradores más destacados, en este momento, en todo lo que tiene que ver con, precisamente, arbitraje en contratación estatal por la responsabilidad que ha asumido, además, que, de alguna manera tiene el número más alto de contratos por volúmenes que, a veces, son muy significativos para el país, como todos sabemos.

Yo creo que hay que valorar que el centro organice eventos periódicamente de esta naturaleza, que permiten que podamos contrastar opiniones, dialogar, y que, bueno, probablemente, no siempre coincidimos, pero, por lo menos, se van planteando cosas bastante serias que pueden reforzar lo que significa la alternativa del arbitraje que es una buena alternativa, pero que creo que en el lado, nos referimos todos a la contratación estatal, por supuesto, que estamos, de alguna manera, tropezando con decisiones, que lejos de hacer que sea una alternativa eficiente, más ágil, que pueda estar rodeada de todo lo que, desde un comienzo, se pensó para optar por esta vía, estén, más bien, complicándola, confundiéndola, y yo diría que el Estado, en varios aspectos, se dispara a los pies. Y eso es lo que hay que cambiar, definitivamente.

Ahora, alguien me decía que, de pronto, no habría que abrir espacios como estos, en estas circunstancias, porque nadie sabe lo que va a pasar en el país, y que pueden estar pensando quienes tienen capacidad de poder decidir sobre la cuestión arbitral.

Pero, yo diría que, al contrario, hay que abrir más de estos espacios, en este momento; hay que defender el arbitraje como dije, la contratación estatal; es una buena opción, pero hay que también tener el ojo crítico para entender dónde han podido estar las deficiencias y qué habría que corregir, y en qué sentido.

Se han dicho varias cosas que creo que van en esa dirección. Yo la suscribo o coincido con ellos, pero quisiera ir un poco más allá, incluso. Perdón, solo podría añadir a lo que decía antes mientras estamos discutiendo, estas cosas, si acaso conviene o no abrir debate sobre estos temas, le contestaba yo a uno de los colegas. Sí, pero ya en el congreso, por ejemplo, el congresista Alfredo Pariona acaba de presentar un proyecto de ley que revive otro que ya estaba en el congreso anterior, por el cual quieren, más bien, dejar fuera a los árbitros extranjeros.

Uno puede tener posiciones a favor o en contra de esto. Yo, por ejemplo, estoy en contra de dejarlos fuera, creo que hay muy buenos árbitros, como los hay en el Perú, por supuesto, pero también los tenemos fuera del país, y no habría por qué poner una objeción. Claro, lo que hacen es decir que el título tiene que estar validado por Sunedu. O sea, no dicen que no pueden, sino que tiene que estar validado por Sunedu.

Yo lo que sospecho es que siempre hay gente detrás, porque no son los congresistas, precisamente, árbitros, sino que más bien, lo que hemos podido contratar en oportunidades en las que yo he acompañado, por ejemplo, a Silvia a algunas reuniones en el congreso, es que en el congreso se conocía, y estoy hablando de los anteriores, por supuesto, pero que este podría ser igual, o, de repente, incluso, menos informado sobre las cuestiones arbitrales. Pero hay gente que está detrás, y es la que le lleva estas iniciativas. Y esas iniciativas, lamentablemente, muchas veces son recogidas porque creen que están haciendo algo bueno. Pero, dicen que el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones, y para no ser mal pensado, diríamos que buenas intenciones hay, pero las decisiones son bastante malas en varios casos. Y ojalá que este proyecto no prospere, pero no me extrañaría que prospere porque como nadie le da mucha importancia al asunto, dicen: «Bueno, suena bien que Sunedu, pues, también, apruebe los títulos de la gente que va a arbitrar en el país. Pero, además, tiene una disposición transitoria que dice que los arbitrajes que están ahora en curso, inmediatamente aprobada la ley, remueven a todos los que no tengan ese título revalidado en Sunedu, con lo cual van a entrapar una serie de arbitrajes porque ya hay arbitrajes, además, que la mayor parte de ellos bastante complejos, donde participan árbitros extranjeros, que se verían en una situación totalmente absurda.

Y, bueno, yo diría, entonces, que no quiero plantear nada nuevo, pero sí sistematizar y ordenar un poco algunas ideas que puedan servir para este debate, para ir generando consensos y para estar muy proactivos, tratando de impedir que se aprueben cosas que no van a contribuir al arbitraje en materia de contratación estatal y, más bien, promover otras medidas que, probablemente, no están en este momento en discusión.

A ver, entiendo que hay una primera cuestión que está en el origen de este asunto. A mí me satisface encontrar cada vez más que encuentro colegas que cada vez más coincidimos en que hay ya que separar, hay que legislar el arbitraje en contratación estatal con su propia normatividad. Y, por otro lado, dejamos el arbitraje comercial o el arbitraje entre particulares.

El haber pretendido hacer de la misma norma aplicable para todo lo que ha llevado es a una distorsión enorme porque cada vez más, so pretexto de corregir lo que no había haber previsto la legislación original, entonces, se han ido dando o aprobando normas para el arbitraje en contratación estatal que, a la larga, como dije antes, ha ido entrapando un poco el camino.

Creo que ya ha llegado el momento de hacer este deslinde. Además, partamos de una cosa muy clara, el arbitraje en contratación estatal tiene sus particularidades. Yo no sé, incluso, si, de repente, hay que cambiarle el nombre. Pero hay dos cosas centrales en el arbitraje, el que sea voluntario y el que, además, sea confidencial. Ninguna de las dos cosas vale en el arbitraje en contratación estatal porque no es voluntario.

Yo estoy en total desacuerdo con que dicen que sí es voluntario porque el que quiere contrata con el Estado, el que quiere no. A ver, pregunten a los proveedores si todos pueden estar en esa situación. En todo caso, lo que sí me queda claro es que confidencial no puede ser, de ninguna manera, y en gran medida, parte del problema está en que no es absolutamente transparente, y esto ha tenido mucho que ver con los problemas de corrupción que, como sabemos, se plantean en el país, permanentemente, en varios ámbitos, pero también han alcanzado el ámbito del arbitraje.

Bueno, qué criterios plantearía yo para avanzar en la dirección que acabo de anunciar, y lo voy a tener que decir muy rápido porque veo que el tiempo se nos agota antes de lo que habíamos imaginado.

¿Qué le toca a cada quién? En primer lugar, yo creo que al Estado lo que le toca es no ser juez y parte. El Estado tiene que asumir determinadas funciones. El Estado tiene que ser regulador, tiene que ser imparcial, no debe estar tomando injerencia en exceso en las cuestiones que tienen que ver con esta contratación estatal, en arbitraje, perdón, derivado de la contratación estatal, y esto incluye, por supuesto, a OSCE.

Entonces, el Estado tiene que actuar con la máxima transparencia que hoy día no ocurre en esta materia, una mínima o nula intervención, y, sobre todo, nada de intromisiones. Y yo creo que, por ejemplo, lo del Registro Nacional de Árbitros es una intromisión, y es algo que está haciendo bastante daño, y creo que ya se ha señalado bastante al respecto.

Debe supervisar, debe estar más bien atento a que todo funcione bien, establecer estándares. No se pueden crear instituciones arbitrales como hongos y que no tienen ningún tipo de sustento que podrían estar, más bien, como, de hecho, sospecho en varios casos, haciendo un trabajo que, de ninguna manera, debería ser admitido para... se están preocupando de tomarles examen a los árbitros que van a estar en el Registro Nacional, y no se preocupan de los centros de arbitraje que se están creando y que no tienen ninguna garantía de seriedad.

Creo que eso es una cuestión muy clara. Ahora, qué suponen, entonces, que sea imparcial, que sea supervisor, que sea eficiente y que no se entrometa, sino que, más bien, regule y dé acreditación, por ejemplo, a los centros de arbitraje del Estado.

¿Qué supone eso? Bueno, por ejemplo, que el OSCE no tendría por qué administrar arbitrajes. ¿Por qué va a administrar arbitrajes? Que se dedique, más bien, a supervisar que todo este arbitraje marche bien, que supervise a las instituciones. No debe llevar listas de árbitros; yo eliminaría el registro de OSCE.

De ninguna manera, esa tarea le corresponde, más bien, a las instituciones arbitrales, y si hacen una buena supervisión, acreditación de instituciones arbitrales, entonces, tienen la mejor garantía de que esos árbitros son idóneos; y, por tanto, no va a haber ninguna dificultad para que puedan manejarse eficientemente; y, sobre todo, como lo dijo bien el doctor Ortiz, atendiendo a un tema que en el Estado no le han dado mayor importancia y es la cuestión ética, la trayectoria de un árbitro.

Qué hacen tomando el examen a la gente a ver si se aprendió de memoria cuatro leyes, o si tiene toda la secuencia de cuáles han sido las múltiples modificaciones que se han hecho en esta materia. Es absurdo, pues, esos exámenes resultan hasta vejatorios. Yo, simplemente, nunca lo daré. No estoy de acuerdo. Hay colegas que lo hacen porque dicen: «Bueno, pues, ya, finalmente, tampoco se trata de correrle a un examen».

Pero yo creo que en el fondo eso hay que refutarlo de plano, y debe desaparecer ese tipo de registros que lo único que hacen es crear distorsiones que no favorecen que este arbitraje de contratación estatal cumpla con los objetivos que se han previsto desde el momento en que se optó por esta alternativa.

No tienen, entonces, que preocuparse por estas listas de árbitros, simplemente, no deberían tenerla; más bien, preocuparse de que los centros de arbitraje compitan entre sí por la calidad de sus árbitros, y que los centros de arbitraje tengan también, en esto me adelanto a lo que tienen que hacer las instituciones arbitrales, mucha selección, no solo por los conocimientos, no solo por la competencia, las destrezas, sino también trayectoria, ejecutoria, si se trata de gente confiable, de gente que, efectivamente, es correcta, y en la cual, entonces, podemos estar convencidos de que al resultado que lleguen, no habrá nada que discutir respecto a imparcialidad, independencia o a inobervancia de cuestiones que, obviamente, tienen que estar presentes en procesos de esta naturaleza.

Bueno, el OSCE tiene que preocuparse, más bien, de completar toda la información que no hay; no hay transparencia por eso. Ni siquiera tenemos claridad de cuáles son los arbitrajes que ha llevado la contratación estatal hasta el momento. Hay información que la propia OSCE reconoce que no la tiene totalmente al día. Bueno, que se preocupen de eso. Que todos sus portales o que todo el material al que uno debe acceder a través de la página web, sean amigables, no con los enredos que hay ahora. Uno quiere enterarse de cualquier cosa, y tiene que pasar por ochenta pasos. A veces no funcionan, a veces hay, incluso, problemas para saber exactamente los datos que piden para poder acceder a una información que debería ser pública, que debería estar totalmente manejada.

Yo estaba mirando, por ejemplo, yo creía que tenía muchos más arbitrajes, pero no, pierden tiempo. Cualquier buen gerente administrativo les diría que para manejar 500 arbitrajes en varios años, del 2016 al 2020, y eso lo tengo por los estudios de una adjunta de docencia del profesor Christian Chocano, del curso de Ética en la Universidad Católica, Francesca Chirinos. Está haciendo un trabajo y ha hecho la investigación, y encuentra que hay 481 arbitrajes; era todos los que tenía OSCE. Invertir recursos humanos en eso cuando deberían invertirlos en la transparencia, en la eficiencia, en la supervisión, es totalmente ineficiente. Entonces, esto es lo primero que deberían considerar ahí, y de una buena vez. Un promedio de instalaciones por año de 96 arbitrajes. No tiene sentido que tengan que estar distrayéndose en cosas que, a la larga, no favorecen el objetivo que debe ser proteger los intereses del Estado, y que las controversias se resuelvan de manera más eficiente y confiable.

Muy bien, y entonces, qué queda para las instituciones privadas porque ya me salto lo que faltaba para que me alcance el tiempo.

Las instituciones privadas tienen que ser bastante más articuladas, tienen que trabajar más en común, ampliar su rol, tienen que reforzar el componente ético en todo lo que se desarrolle. Creo que deben pasar a, ya no solo comentar los proyectos que, a veces, salen nadie sabe de dónde en el congreso que fue un despropósito completo, sino que deberíamos estar, más bien, planteando alternativas legislativas, y esto en conjunto, de manera que, efectivamente, esto pueda salir de los entrapamientos que, en este momento, todavía encontramos. Hay que sancionar, como ha dicho muy bien Mariela Guerinoni, hay que sancionar la mala práctica en el arbitraje.

Entonces, tenemos que comenzar a... no sé, de repente por qué no pensar, por ejemplo, en un tribunal ético que lo escojamos entre todas las instituciones serias acreditadas que trabajan en arbitraje.

Entonces, en lugar de que cada institución tenga un tribunal ético, por qué no tenemos... y si diferenciamos si las cortes de arbitraje o los consejos de arbitraje, que se dedican a ver ya cosas más vinculadas a los procesos mismos de estas cuestiones éticas que podrían ser vistas por un tribunal, incluso, donde no participen árbitros.

Para no caer en los problemas que tiene, por ejemplo, la OCMA en el Poder Judicial, donde los propios jueces sancionan a otros jueces, y a veces no los sancionan porque son colegas. En consecuencia, es mejor que esto pueda tenerlo una instancia distinta.

Hay que trabajar por la idoneidad de los árbitros desde ese punto de vista de cierre, y también tiene que haber mucha transparencia; estamos en pañales en ese asunto. Hay que dar el paso y convencer al Estado de que toda esa información tiene que ser pública, pues. Entonces, tenemos que ponerla en algo parecido a lo que tiene hoy día la Cámara sobre el faro de transparencia, pero ampliándolo mucho más. Y creo que los estándares deberían ser para todas las instituciones serias, los mismos.

Hay que tener la confianza suficiente... a ver, yo noto, me ha parecido, en todo caso, que es relativamente frecuente que hay árbitros que sienten, a veces, que son abogados de la parte o que le deben algo a la parte que los nombró. En consecuencia, lo que habría que hacer es que las instituciones arbitrales propongan ternas a quienes van a ir al arbitraje. No que ellas escojan directamente a su árbitro.

Y, entonces, esto creo que daría mayor garantía e independencia a la actuación de los árbitros. Por ejemplo, por qué no discutimos algo de esa naturaleza. Creo que las instituciones arbitrales que vienen a ser, además, un servicio tipo pro bono. Llevar arbitrajes para Mypes, por ejemplo, arbitraje popular, arbitraje sin costo o con un costo muy reducido, para que, de esa manera, la institución arbitral se fortalezca.

La economía peruana tiene... más del 90 % de la actividad empresarial es de microempresa. Y, entonces, la mediana y gran empresa solo ocupan el 2 %. Entonces, por qué no entramos a este campo tan rico y promover que existan maneras eficientes de resolver conflictos a ese nivel, a muy bajo costo o a cero costo, debiera ser ya esto un tema de estudiar más a fondo, y eso creo que contribuiría a formalizar la economía en el país a resolver los conflictos con mayor eficiencia, agilidad, en fin, todo lo que sabemos que el arbitraje tiene potencialmente como posibilidad.

Creo, pues, por tanto, hay muchas cosas que podríamos todavía plantear. El tiempo ya no me lo permite, pero he querido dar, de alguna manera, algunas señas de por dónde podríamos encaminar la actividad que cumple el Estado y la actividad que corresponde a los centros de arbitraje.

Y ya cierro haciendo un comentario a las cosas de las que han hablado tanto el doctor Ortiz como Mariela Guerinoni, sobre lo de OSCE. A mí me parece terrible y por qué decía dispararse a los pies porque ya se señaló.

Los particulares no tienen problema, ellos pueden nombrar a quien quiera. Es el Estado el que dice que tiene que ser necesariamente un árbitro de este registro, que crecía y se achica como piel de sapo; pero, en realidad, con eso no solucionamos el problema, y hay que ir a fórmulas, o como las que se ha señalado, o yo diría más radicales, desaparecer ese registro y, más bien, tener esta articulación con las entidades privadas, con las instituciones; pero, sí me parece que ese desequilibrio es mayor porque tampoco seamos ingenuos: no es que la corrupción esté solo en el campo público, en el Estado. Precisamente, casos como Lava Jato nos muestran que hay mucha corrupción también en el lado privado. Entonces, si le damos el arma de poder utilizar las recusaciones a diestra y siniestra, no digo que todas, por supuesto, obedezcan a esa concepción, a esa idea, ya de actuar de manera incorrecta, pero muchas se están, efectivamente, sustentando en esa base.

El número, bueno, yo pertenezco, como se ha dicho, a la corte de arbitraje en la Católica, y el número de recusaciones ha crecido de una manera impresionante, y por lo mismo que decía Mariela, o sea, por el hecho de que se habla de excesivas recusaciones, cualquiera sabe que en contrataciones el Perú es el único país que tiene este volumen de contratos con el Estado.

Y, entonces, que listas de árbitros como las que maneja OSCE es imposible, pues, que puedan aplicarse, pero perdemos muchísimo tiempo, mientras se ventilan estas recusaciones, donde, efectivamente, el árbitro que debería estar concentrado en los temas de fondo, de los procesos y controversias que tiene por delante, tiene que dedicarle un tiempo enorme a tratar de levantar los cargos, etc., y donde hay, además, una muy mala práctica o perdón, una mala concepción de lo que es la recusación, porque se ha llegado a internalizar que el árbitro que tiene recusaciones, es un mal árbitro. Por supuesto que los hay, no digo que no.

Pero también hay que entender que las recusaciones no necesariamente significan que el árbitro es una persona idónea o que no es una persona correcta, no. Hay recusaciones que pueden producirse, precisamente, porque el árbitro, a ver, por ejemplo, declara cosas que sabe que no necesariamente le impiden, independiente o imparcial, pero si la parte, en su derecho, decide que esas cosas sí le generan algún tipo de inquietud, no se siente conforme, entonces, le da la oportunidad a esa parte de que lo puedan recusar.

Entonces, una recusación no necesariamente conlleva que un árbitro es una persona poco idónea o, sobre todo, con carencia de integridad, pero, en fin, todo esto nos habla de cuánto hay por mejorar y creo que si hiciéramos un esfuerzo por avanzar en esa dirección, el arbitraje llegaría a ser muchísimo más eficiente, muchísimo más capaz de poder aprender la situación de un Estado como el peruano, que no está para despilfarrar recursos o para no tratar de que sus propias controversias se resuelvan en tiempos cortos, en tiempos ágiles. Que esto es lo que la sociedad peruana requiere y creo que las trabas que ahora hay le quitan porque no es tampoco que en el balance no podamos reconocer la bondad de haber ido al arbitraje, pero le quitan mucho de la potencialidad que tiene su origen.

En fin, perdonen por el exceso, pero me quedo ahí, entonces, y espero que podamos tener nuevas oportunidades para seguir planteando este y otros temas que podrían ser interesantes abordar.

Gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias, doctor Albán.

Tenemos muchísimas preguntas, pero voy a tratar de... voy a hacer un par de preguntas. Una pregunta puntual para la doctora Rodríguez, una puntual para la doctora Guerinoni y he visto que varias tienen relación con lo que está pendiente el doctor Ortiz, así que le voy a hacer dos preguntas muy puntuales a las doctoras y vamos a dejar al doctor Ortiz que de la lista de preguntas elija la que considera que tiene relación con el tema que está pendiente, así que continúe con su tema pendiente después de las dos preguntas puntuales que le vamos a hacer a la doctora Rodríguez y a la doctora Guerinoni.

A la doctora Rodríguez nos dicen que nos ha compartido porcentajes, pero quisieran saber cuántos casos son en total que se han tomado en cuenta en la muestra; el número de casos arbitrales en total para poder saber en números esos porcentajes, cuántos casos en realidad son.

Silvia Rodríguez Vásquez: OK, sí. El universo que se tomó en cuenta fue 746, en general, de todo lo que ingresó en este tiempo que les he mencionado. Y, específicamente, los arbitrajes que tuvieron relación y que nosotros detectamos, fue 238.

Alfredo Soria Aguilar: Perfecto, doctora. Muchísimas gracias.

Y la otra pregunta es para la doctora Guerinoni, y es qué le parece la prohibición de recusar a la parte que ya tiene tres recusaciones infundadas en el mismo arbitraje. Se refieren, entiendo, al último cambio de la normativa de contratación con el Estado.

Pierina Guerinoni Romero: Efectivamente, con el Decreto Supremo n.º 162-2021. Absolutamente oportuno. Absolutamente oportuno porque, efectivamente, la gran mayoría, por lo menos, en mi experiencia, la gran mayoría de recusaciones presentadas, son recusaciones que no tienen sustento. Que, en realidad, no deberían generar ninguna duda justificada y que no la aprueban. Es decir, que son recusaciones frívolas, temerarias, parte de la estrategia del abogado de cualquiera de las partes porque quieren eliminar a ese árbitro porque no les es cómodo, porque, de repente, se puede designar a uno que me conviene más, por «X» motivo.

Entonces, si hay tres recusaciones infundadas, implica que ese árbitro, por lo menos, es una señal, no digo que sea ya la solución definitiva, pero es una señal de que ese árbitro está cumpliendo, por lo menos, con las buenas prácticas en el arbitraje. Es una señal, y está bien que ya no proceda ninguna más, de esa misma parte, evidentemente.

Alfredo Soria Aguilar: Perfecto, doctora. Muchísimas gracias.

Le damos el uso de la palabra al doctor David Ortiz. Tiene bastantes preguntas. En todo caso, termine con su exposición y trate de contestar las preguntas que le han hecho en buen número los asistentes. Adelante, doctor Ortiz.

David Ortiz Gaspar: Sí, agradezco bastante por darme estos minutos. Evidentemente, ya revisé las preguntas y sí tienen vinculación con la parte restante de mi exposición, y voy a ser muy breve.

Como señalaba, hicimos alguna serie de observaciones al Registro Nacional de Árbitros, y una segunda observación relevante que hemos elaborado es que, actualmente, ya lo ha señalado la doctora Guerinoni, se están originando recusaciones por los contratistas, por las designaciones reiteradas que efectúa la entidad, y esto, evidentemente, en la práctica está generando una suerte de indefensión, y paralización de los procesos arbitrales. No sé si, en todo caso, ya que están las diapositivas ahí podemos pasar a la segunda observación, por favor.

Entonces, ahí nosotros, con la casuística que tenemos en la procuraduría, actualmente tenemos cerca de 850 arbitrajes en trámite, y viendo la cantidad de arbitrajes que hay a nivel nacional, que superan los 3,000 arbitrajes en contrataciones con el Estado, que conforman tanto Gobierno local o regional, debería colocarse en el RNA, o señalarse un número máximo de designaciones. Nosotros proponemos que sean 20 designaciones por árbitro para, pues, evitar este tipo de recusaciones maliciosas.

Ya lo ha señalado muy bien la doctora Guerinoni que, por lo general, las partes que formulan estas recusaciones son los contratistas, y no quiere decir que el contratista aplique malas prácticas en el arbitraje, sino esto es una consecuencia del Registro Nacional de Árbitros. ¿Por qué? Como señalé al inicio de mi exposición, el Estado está limitado en su marco de acción a un registro que, de los 136, para casos del MTC, solamente 45 son designables por la entidad, evidentemente, la parte contraria es una entidad o una empresa privada, va a recusar y lo hace, pues, en argumentos, como, por ejemplo, las Reglas IBA, sobre conflicto de intereses. Y, como bien ha señalado la doctora Guerinoni, pareciera que, a veces leemos de manera parcializada, los documentos cuando nos conviene, y cuando no, no lo hacemos, pero existe un pie de página, es el número 8 de esas Reglas IBA, que a las mismas Reglas IBA aplica una excepción, y esas no se aplican cuando son arbitrajes especializados, incluso, cita arbitrajes marítimos, arbitrajes deportivos u otros, y en esos otros podemos señalar arbitrajes en contratación pública, y más aún, como lo ha señalado el doctor Walter Albán, el Perú es el único país que arbitra temas de contratación pública.

Evidentemente, ante un marco reducido de árbitros, el Estado, evidentemente, va a designar más de dos, más de tres, más de cuatro designaciones a un árbitro.

Entonces, para evitar todo esto, nosotros proponemos que, de manera expresa, se coloque 20 designaciones como máximo, para evitar este tipo de recusaciones.

Acá hay una tercera observación relevante que hemos observado, es que de la revisión del listado, se observa que algunos profesionales, y esto lo digo respetuosamente, sin cuestionar su capacidad profesional, tendrían experiencia en arbitraje, de repente, comercial, y no necesariamente en arbitraje en contratación pública. Y para esto nosotros proponemos que en la ficha del Registro Nacional de Árbitros se coloque, además, un apartado de capacitación o especializaciones adicionales porque la práctica nos ha demostrado que no es suficiente conocer contrataciones con el Estado, arbitraje y derecho administrativo para resolver controversias complejas, como, por ejemplo, el de obra pública.

Cito un ejemplo breve: por ejemplo, controversias vinculadas a resolución contractual, a indemnización, vicios ocultos, incumplimientos de prestaciones. Acá existe un común denominador que tienes que conocer y lo tienes que conocer muy bien: aspectos vinculados de derecho civil, porque ahí está la madre de la teoría, y si tú no conoces, por ejemplo, responsabilidad civil, no conoces el tema de resolución de contratos, no conoces el tema de penalidades, aunque tengas estas especializaciones que el RNA te exige para que tenga «árbitros idóneos», pues, no va a ser suficiente, y es por eso que nosotros proponemos que también debería haber especializaciones adicionales.

Una cuarta observación, y con esto para ir ya terminando, es que existe un conflicto de intereses, y lo digo también respetuosamente, en las cortes y consejos de arbitraje, que resuelven las confirmaciones o recusaciones contra árbitros designados por el Estado.

Y acá tenemos una propuesta, es que se limite la participación en las cortes de arbitraje de abogados que litigan contra el Estado.

Por ejemplo, nosotros, en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, tenemos «N» arbitrajes, y muchos de los abogados que asesoran a nuestras contrapartes y a quienes vemos constantemente en las audiencias, aquellos que firman las recusaciones, aquellos que firman la contestación de demanda, etc., etc., incluso, aquellos que mandan de oficio escritos a algún consejo de arbitraje pidiendo la no confirmación del árbitro que designa la entidad, son abogados que conforman los consejos de arbitraje de algunas instituciones arbitrales.

Y, en este caso, de repente, yo sugiero que miremos a la experiencia italiana. Se supone que en un consejo de arbitraje y ya, pues, están personalidades que ya han tenido experiencia que tienen, pues, años en el ejercicio de la profesión, y que, solamente, pues, se dedican al tema, de repente, al tema de la docencia universitaria o que, solamente, se dediquen exclusivamente a ver temas de arbitraje para evitar estos conflictos de intereses, porque, como dice el dicho, la mujer del César, no solamente tiene que serlo, sino también aparentarlo.

Entonces, esta es la sugerencia que nosotros hacemos. Una quinta observación que nosotros hemos observado es que origina la no confirmación por designación reiterada, y esto lo ha señalado muy bien la doctora Guerinoni por los centros de arbitraje, a árbitros que se encuentran en el Registro Nacional de Árbitros.

Al respecto, tenemos la siguiente recomendación para evitar, pues, la no confirmación de árbitros por la causal de designaciones reiteradas, nosotros consideramos que debe ampliarse el universo de árbitros, como lo hemos señalado, y señalarse de manera expresa el tope de 20 designaciones, y yo creo que con esto evitamos que también las cortes de arbitraje no estén que confirmen a los árbitros que realiza la entidad, porque muchas veces, no ha pasado, de repente, con las cortes de arbitraje de la Pontificia Universidad Católica, sino, de repente, de otras cortes que señalan la razón del porqué no confirman al árbitro que designa la entidad, y el argumento que colocan de manera expresa es «por designación reiterada». Si uno les pregunta ¿cuántas designaciones reiteradas es para tí? De acuerdo a las Reglas IBA: tres, cuatro.

Evidentemente, ese criterio no se debe aplicar, por eso, considero que se debe colocar el tope de veinte designaciones.

Una sexta observación relevante que hemos realizado es que la acreditación de formación o capacitación podría considerarse adicionalmente un acápite especial de obras públicas y consultoría de obras públicas.

¿Por qué? Porque en este aspecto nosotros recomendamos que el RNA podría subdividirse en dos subespecialidades: una especialidad de árbitros designables en controversias vinculadas a bienes y servicios, y otra a obras y consultorías de obras. Eso ayudaría mucho porque, si bien es cierto, los procuradores que, básicamente, utilizan este registro porque, como bien han señalado los ponentes que me han antecedido, el privado puede, incluso, designar árbitros internacionales, el Estado, pues, de repente, o en todo caso, los abogados del Estado que estamos acá en Lima y que tenemos mayor posibilidad de poder capacitarnos, recibir cursos de especialización, como da la Universidad Católica, podemos conocer algo más, pero yo me pongo en el supuesto de un procurador o de un abogado del Estado, de una procuraduría, de un gobierno local de Puno o de Huancavelica, de Ayacucho donde no necesariamente tiene acceso a esta capacitación cuando designe a un árbitro, de repente, va a asignar a un árbitro de ese registro, pero no especialista en obra pública, como la controversia lo demanda, sino un especialista en bienes y servicios.

Entonces, yo creo que el registro ayudaría mucho, si es que el fin es dar mejores herramientas para que el procurador designe árbitros idóneos, yo creo que el RNA debería hacer esta subdivisión.

Y la última observación relevante que hemos observado es que la idoneidad moral, y esa es una de las preguntas que me han realizado, es un requisito fundamental para ser árbitro, considerando que el arbitraje se basa en el principio de confianza.

Y aquí, esto es bastante subjetivo, entonces, hemos tratado de objetivizar, y una recomendación que nosotros realizamos, por ejemplo, es que proponemos que exija como requisito no tener más de dos recusaciones. Ese número se puede discutir, pero, de repente, pueden ser unas dos recusaciones fundadas resueltas por el OSCE o por cualquier otra institución en los últimos años vinculados a contratación pública, pero yo creo que acá se deben delimitar las causales. ¿Por qué? Porque el tema de la recusación, por ejemplo, el tema de la anulación del laudo arbitral por motivación es bastante subjetivo. Yo conozco a abogados connotados con gran trayectoria profesional y académica a los que se ha logrado anular el laudo arbitral por motivación.

Yo creo que ese supuesto no debería entrar acá para medir la idoneidad moral de un árbitro, pero sí, de repente, por ejemplo, yo he visto tribunales que se les ha anulado un laudo arbitral porque han llevado a arbitraje una materia que no se arbitraba y que está prohibida por ley. Entonces, ya con eso puedo medir la idoneidad moral. Entonces, yo creo que este criterio puede ser un criterio objetivo para tratar de medir esto, y con esto yo concluyo mi exposición y les agradezco bastante por estos minutos de atención.

Gracias.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias. Aprovecho un minuto más y yo sé que estamos fuera de hora, pero hay una pregunta para el doctor Albán, y no quiero dejar de plantear la pregunta. ¿Cómo ve, doctor Albán, la posibilidad de concretar un arbitraje popular que pueda llevar a más personas? No hacerlo solamente para controversias de monto significativo. ¿Cómo podría ampliarse el arbitraje hacia otros sectores que lo necesitan?

Walter Albán Peralta: Bien, ahí caben muchas ideas. Gracias, Alfredo, por esto, pero quiero decir tres cositas antes de responder directamente muy pronto lo que me acabas de formular.

Lo primero es que yo, por ejemplo, las iniciativas que debieran llevar a los centros de arbitraje a discutir al congreso, etc., o a quien corresponda para tomar una decisión, no debería admitirse que los árbitros, al mismo tiempo, sean abogados.

Yo creo que esa es una mala práctica porque ahí hay un conflicto potencial que muchas veces tiende a verificarse. En consecuencia, hay que separar el litigio y lo que es perfectamente legítimo, ser patrocinador de una causa, ser un asesor, ser un abogado, digamos, de éxito y de confianza para las partes, pero no debería ser ese mismo abogado árbitro. Yo creo que eso genera problemas. La experiencia creo que me va a dar la razón en esto, y deberíamos llevar a fondo esa propuesta.

Luego, las cortes de arbitraje, yo creo que deberían tener una composición mixta porque sí se requiere que haya gente que tenga experiencia arbitral, pero no toda tiene que ser gente que esté arbitrando.

Me parece interesante lo que ha planteado el doctor Ortiz, pero yo plantearía que también evaluemos esta otra opción, que haya, por ejemplo, una corte tenga una suerte de tres tercios: mundo académico, mundo profesional pero no arbitral y árbitros.

Entonces, creo que eso daría mayor solidez a estas instancias. Y como dije, separando, incluso, lo que es la sanción ética, de lo que es, y eso en un tribunal ético donde sí no sean los árbitros los que tomen las decisiones, sino gente, en fin, seleccionada sobre la base de su calificación, precisamente, por trayectoria.

Y, por otro lado, esto de que dos arbitrajes fundados o dos recusaciones, perdón, fundadas servirían. Yo lo revisaría, doctor Ortiz, porque creo que, como dije antes, hay muchas recusaciones, asimismo, hacía la referencia a casos en los cuales se anulan laudos o se declaran fundadas recusaciones, pero sin ninguna responsabilidad o algo que pueda ser reprochable al árbitro, hay otros que sí, por supuesto.

Entonces, yo lo que diría es que, más bien, las instituciones arbitrales cuando resuelven una recusación tienen que señalar claramente en qué casos la recusación la están declarando fundada, dejando a salvo la trayectoria, la idoneidad del árbitro, de en qué casos lo están haciendo porque el árbitro ha incurrido en una omisión en una obligación, algo que correspondía a su función; y, por tanto, ahí sí está en falta.

En consecuencia, de pronto, si se tiene un criterio un poco más objetivo, es aquellas recusaciones que sí tienen que ver con la responsabilidad directa del árbitro, entonces, podrían ser consideradas para efectos de lo que usted señala.

Pero si no fuera así, no basta solo el número de recusaciones fundadas. En fin, y para ir directamente a la pregunta, ahora sí, Alfredo, yo lo que diría es que, porque ya existe el arbitraje popular. Está previsto, está esto en el Ministerio de Justicia, que el Estado no se meta, que se lo dé, pues, a las instituciones arbitrales; que, más bien, lo regule.

Yo lo que creo es, en otras cosas, ¿qué se debiera requerir para ser una institución arbitral? Se debiera requerir que sea no una institución que se crea *ad-hoc* para ser secretaria de arbitraje, sino, más bien, una institución, una corporación, algo mucho más sólido que le da un soporte a ese centro de arbitraje. Entonces, no cualquiera lo puede crear. No un grupo de personas pueden crear una persona jurídica y hacer un centro de arbitraje. No, no. Tendría que ser una institución, como lo es la Cámara de Comercio, como es la Universidad Católica o instituciones análogas o lo de Amcham, y creo que tiene que ser algo de esa naturaleza.

Debiera tener determinados estándares, tener lo del Código de Ética, tener, por supuesto, estos criterios que hemos conversado aquí y otros que se podrían añadir, pero, en todo caso, un estándar exigente.

Y, entre otros puntos, que debieran cumplir también las instituciones para una acreditación, una suerte del Sunedu para las universidades, bueno, que exista un Sunedu para los centros arbitrales, es que hagan servicio para arbitraje popular.

En otras palabras, son las instrucciones que conocen de cómo poderlo llevar adelante. Entonces, podrían, fácilmente, incluso, ya me estoy adelantando, pero suelto las ideas. La institución arbitral le podría pedir como condición para ponerte en mi lista de árbitros, además de tu conocimiento, tus competencias, tu calificación, trayectoria, idoneidad ética, etc., tienes que hacer un pro bono. Tienes que arbitrar arbitraje popular también. Y ahí no cobras o cobras muy poco, o, de repente, eso es un servicio que presta el centro gracias a tu colaboración como profesional especializado.

Y creo que ahí el arbitraje popular comenzaría a crecer muchísimo más, y como digo, atenderíamos a un sector que es importantísimo, porque ahí está una gran parte de la economía nacional, que hoy día tiene que resolver sus conflictos a como pueda, digamos, con muy poca posibilidad de recurrir a una alternativa eficiente.

Alfredo Soria Aguilar: Muchas gracias, doctor Albán.

Felizmente, nos quedamos unos minutos más, pero qué provechoso con las ideas que nos ha proporcionado.

Bien, damos, entonces, ya por concluido este panel. Quedamos algunas preguntas todavía, pero ya es bastante tarde.

Muchísimas gracias a la doctora Silvia Rodríguez, al doctor David Ortiz, a la doctora Pierina Mariela Guerinoni, y al doctor Walter Albán por este excelente panel.

Le doy el pase al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, agradeciendo la invitación y que me hayan considerado en esta oportunidad como moderador.

Muchísimas gracias.

Ricardo Okumura: Bien, les agradecemos mucho su apoyo a todos los participantes, a los ponentes y a los moderadores.

Hemos concluido con la jornada del día de hoy, pero los esperamos para el día de mañana para la tercera y cuarta mesa de este congreso, y muchísimas gracias a todos, nuevamente, y buenas noches.

MESA N.º 3: MEDIACIÓN COMERCIAL-EMPRESARIAL

César Guzmán-Barrón Sobrevilla (moderadora)

Fernando Montoya Alberti

María Jesús Fernández Cortés

José Octavio Zuluaga

Mercedes Tarrazón

Myriam Torre: A continuación, daremos inicio a la tercera mesa, la cual analizará el tema «Mediación comercial empresarial».

Tendremos como moderador al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla, árbitro y profesor principal de derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Como ponentes, vamos a contar con la participación de la doctora María Jesús Fernández Cortés, mediadora familiar, civil y mercantil; el doctor José Octavio Zuloaga, mediador, conciliador y árbitro; la doctora Mercedes Tarrazo, Estudio Dispute Management, exmiembro de la ICC y el doctor Hernando Montoya Alberti, Defensor del Cliente Inmobiliario.

El moderador será quien precise la dinámica de esta tercera mesa, y les precisamos a los participantes que podrán formular sus preguntas a través del ícono habilitado.

Habiendo dicho lo anterior, le damos el pase al doctor Guzmán-Barrón.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Muy buenas noches y de madrugada para nuestras amigas españolas.

Para mí es una satisfacción participar como moderador y participar en este XV Congreso Internacional de Arbitraje.

Como comentábamos ayer, es la décima quinta versión, y tuve la satisfacción de participar desde su origen, y hoy me encuentro absolutamente satisfecho en esta función de moderador; y, más aún, en un tema tan trascendente y, tal vez, poco conocido en nuestro país, la mediación comercial, tanto a nivel nacional como también internacional. Y, sobre todo, con personas de tanta experiencia como las que nos acompañan hoy día, amigos, con quienes estuvimos dialogando muy cordialmente, en la última media hora antes de comenzar.

Como saben, en el Perú el arbitraje se ha desarrollado exponencialmente, como consecuencia, que su uso es obligatorio en las controversias derivadas en los contratos de obras públicas y contamos también con una ley de conciliación extrajudicial. Sin embargo, a la «mediación comercial» también podemos denominarla en el Perú «conciliación comercial», aunque el término «mediación» ha sido recogido hoy día internacionalmente, inclusive, por la última Ley Modelo modificada por Uncitral en el 2018, que dejó de utilizar la palabra «conciliación» por «mediación». Sin embargo, había muy pocos casos.

Hoy, precisamente, en el preámbulo estuvimos conversando con algunos de ustedes, y un conocido abogado y amigo nuestro, Jaime Grey, nos comentaba cómo sí hay mediación comercial en el Perú, en el caso de controversias derivadas de obras privadas, y que, precisamente, por su naturaleza privada, es poco conocido que se ha desarrollado. Sin embargo, es un reto el conocerlo y es una satisfacción el saberlo.

Sin embargo, conocemos por textos, por entrar a San Google, como dice un amigo, que la mediación comercial se ha desarrollado exponencialmente en otros países. Por ejemplo, en Estados Unidos, hoy la mediación comercial sustituye al arbitraje en más de un 15 % de sus casos, y la mediación comercial, como veremos hoy día, se ha desarrollado particularmente en España y Colombia, y esto nos lo compartirán nuestros brillantes expositores.

Por tanto, es nuestro interés conocer cuáles son las experiencias; y, sobre todo, qué nos recomiendan ellos para que este medio tan importante y eficaz, por sus beneficios, corto plazo, corto

costo, arreglo entre las partes, no enfrentamiento, es decir, todo lo que conocemos de la mediación comercial y de la conciliación, sea aplicable al mundo de las controversias.

Las experiencias exitosas que hoy nos compartirán, sin duda, yo creo que nos van a animar a utilizar, pero, para ello, nos quedamos con algunas preguntas que hemos trasladado a nuestros expositores y panelistas, y algunos de ellos irán contestando directa o indirectamente en sus presentaciones.

Una de las preguntas que nos hacemos, como siempre, los peruanos, que todo lo creemos que es ley, es que es innecesario contar con una ley especial, y pareciera que no. Yo no quiero contestar porque no soy panelista, pero pareciera que no.

Cuáles son los factores que permitieron en otras latitudes como España, como Colombia, el desarrollo de esta experiencia y cuáles son sus experiencias. Y cómo lograr como empresarios que se utilice, y más aún, un reto muy grande sería que se utilice y se acepte en el campo de la contratación del Estado; y, asimismo, hay que tener en cuenta que la mediación comercial ha sido tan desarrollada en el mundo, que hoy contamos con dos instrumentos jurídicos muy importantes.

Por un lado, la Convención de Singapur, que sea, precisamente, sobre mediación comercial y ejecución de transacciones comerciales internacionales, convención que, por cierto, el Perú no ha suscrito. La pregunta que nos podemos hacer es hasta qué punto conviene que nuestro Perú, nuestro país lo suscriba, y si en Colombia, España ha sido suscrito.

Y otro tema vinculado también con una herramienta internacional, como ustedes saben, Uncitral, que es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ha promovido leyes modelo para que los países la utilicen, precisamente, como ley modelo. La Ley Modelo de Arbitraje peruana es la Ley Modelo de Uncitral, y hoy hay renovada una ley modelo sobre mediación comercial internacional y también de transacciones internacionales, modificada en el 2018; y, probablemente, revisarla, enterarnos ahí en qué medida sería pertinente la incorporación vía una modificación o una ley especial, sería interesante en nuestro querido país.

Y, finalmente, también todos sabemos que la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París tiene un reglamento de mediación comercial, al cual podemos acudir libremente, sin necesidad... que es absolutamente flexible, y además nos presentan hasta tres cláusulas modelo para poder incorporar a nuestros contratos.

En consecuencia, tenemos instrumentos jurídicos, tenemos experiencia, pero lo más importante hoy día no es ello, sino que vamos a conocer a través del panel, las ventajas y las múltiples posibilidades que tiene la mediación como mecanismo alternativo de solución de controversias, en el ámbito comercial y empresarial en nuestro país.

Como todo sucede en estos congresos, los tiempos son pequeños y teniendo expertos internacionales, da pena que sean tan cortos, pero así es el congreso. Y, entonces, vamos a cederle, en ese sentido, la palabra a nuestra querida María Jesús Fernández Cortés, quien se encuentra desde España, y ella nos va a tratar un tema muy interesante, producto de su experiencia, que es la «Mediación en casos de pequeñas y medianas empresas», las que nominamos aquí en el Perú «pymes» y en empresas familiares.

María Jesús, muchísimas gracias por atendernos. Sabemos el esfuerzo especial que estás haciendo. Te agradecemos desde ya y estamos totalmente entusiasmados en escucharte. Adelante, María Jesús.

María Jesús Fernández Cortés: Bueno, pues, en primer lugar, muchísimas gracias a la Pontificia Universidad Católica de Perú por haber contado conmigo. César Guzmán-Barrón, es un lujo que esté con nosotros de moderador de mesa. Aquí en España es madrugada, bueno, no madrugada, estamos en la noche, ya, y bueno, pues, estoy encantadísima. No me voy a quedar, hasta el final no me puedo

quedarme hasta el final, pero, bueno, les he comentado que estoy a vuestra disposición para cualquier cosa en el correo electrónico que tiene Marlene, a quien también saludo desde aquí y le doy las gracias.

Yo voy a compartir pantalla porque les voy a hablar de mi experiencia como mediadora mercantil en el Centro de Mediación del Instituto Internacional ProMediación que presido, donde, poco a poco, se van haciendo mediaciones mercantiles. Es verdad que es lento. Es en los últimos, yo diría que dos años, mi compañera Mercedes luego dirá su experiencia, esta es la mía, y yo podría decir que el porcentaje de mediación es de éxito en la mediación mercantil, es casi del cien por cien; podríamos decir del 99 por 100 para no decir cifras tan absolutas. Es más fácil la mediación mercantil que la familiar porque hay menos emociones porque hay interés de las partes llegar a una solución rápida y eficaz en el menor transcurso de tiempo. Es la imagen, preservar la imagen de marca es también muy importante, con lo cual la mediación es un instrumento idóneo.

Nosotros tenemos la suerte, España, que pertenecemos a la Unión Europea, con lo cual, efectivamente, hay una Ley de Mediación, Civil y Mercantil del 2012, bien impuesta por directiva europea que obliga a los Estados miembros, a introducir la mediación en sus ordenamientos jurídicos, y es así como estamos en mediación.

La dificultad que tenemos es que la mediación ha venido desde arriba, entonces, la dificultad que tenemos es en cómo llegar a la ciudadanía. Ese es el mayor obstáculo junto también con otros, como, por ejemplo, por determinados colectivos como los abogados. Bueno, yo soy abogada no ejerciente, pero, es verdad que muchos compañeros tienen reticencia a la mediación. Muchas veces, pues, porque no entienden bien cuál es nuestro rol y el de ellos.

Y, bueno, pues, ahí tenemos un obstáculo que con un anteproyecto de ley que ahora mismo en España, de eficiencia procesal, creo que se va a subsanar, porque es un anteproyecto que se ha hecho con la abogacía española y que, bueno, va a introducir en la mediación pues al colectivo de los abogados y de las abogadas, para que estén presentes en la mediación, con lo cual va a haber un cambio, va a haber un antes y un después con esta nueva ley.

Paso ya porque tenemos muy poquito tiempo a compartir pantalla. Voy a ser lo más rápida que pueda. La moderadora, cuando me queden, por favor, cinco minutos, que me lo diga, porque posiblemente, no me va a dar tiempo a decirlo, a completar esta ponencia, pero, bueno, van a tener a su disposición el Power Point para quien lo desee.

Yo me he centrado en la mediación en pymes y en la empresa familiar. No es lo mismo, hay quien lo confunde porque no todas las empresas familiares son pymes. Hay muchas empresas familiares que han decidido crecer y ya no son pequeñas y medianas.

Es decir, que es verdad que me gusta hablar siempre de mi experiencia, y en el Instituto Internacional ProMediación, las mediaciones que más hacemos son en pymes y en la empresa familiar. Hay que diferenciarlo muy bien porque, digamos que los intereses de las pymes y de las empresas familiares son muy diferentes y vienen marcados por el componente familiar de la empresa familiar, que es, fundamentalmente, preservar las relaciones.

Entonces, eso marca la diferencia en la manera de hacer la mediación y los intereses de las partes.

Vamos a ver, este es el índice, me voy a dar prisa. El 95 % de las empresas tiene menos de 20 trabajadores, con lo cual son consideradas pymes, y si cogemos empresas familiares, es cierto que la mayoría también tiene menos de 20 trabajadores. Entonces, podría decirse que son pymes, pero no es así. No todas las empresas, como he dicho, son pymes.

De acuerdo, estos datos son curiosos porque son muy parecidos. En España, el 85 % son empresas, en Perú el 80 %. En España son el 70 % del PIB (del Producto Interior Bruto).

Como pueden ver, las cifras son bastante similares. En cualquier caso, se puede decir que son un elemento esencial de las actividades económicas, impulsora de la actividad empresarial y tienen gran capacidad para emprender e innovar. Yo me voy a centrar en las empresas familiares porque creo que es un sector que nos necesita, no tienen otra alternativa y es una mediación muy complicada porque se une el componente familiar: hay que estar formado en mediación familiar y el componente mercantil: hay que ser formado en mediación mercantil.

Mientras que la mediación en pymes, en nuestra experiencia, por ejemplo, ha habido muchos casos de problemas entre los trabajadores que se salen del marco específico que hay de mediación laboral porque son problemas emocionales, relacionales, y, entonces, ahí sí que podemos entrar con la mediación, y es muy eficaz. El problema se complica con la pequeña y mediana empresa, pero tenemos que tratar de avanzar, en este sentido, porque son muy numerosas, y, como he dicho, no tienen muchas más alternativas.

En la empresa familiar en España, no he encontrado estos datos en el Perú, el 65 % de empresas familiares son de primera generación, es decir, está el fundador o el patriarca. Normalmente, es varón, por eso empleo el masculino porque, de todas las mediaciones que hemos hecho, rara vez, yo creo que en una o dos ocasiones ha sido una mujer. El 25 % están en segunda generación; el 9 % en tercera, y un 1 % en cuarta o sucesivas generaciones.

Mi experiencia, sobre todo, es en empresas de primera generación y de segunda generación. Aquí el componente emocional es muy fuerte, mucho más que las de tercera generación que, digamos, que ya se están profesionalizando más. En ella, incluso, hay más personas externas en la dirección, y digamos que los conflictos que puede haber son casi puramente mercantiles, no son tan emocionales.

Bueno, este es un estudio general, el 30 % de las empresas, se ha visto que tan solo el 30 % llega a la segunda generación, y esto es una pena. El 15 % a la tercera generación y la expectativa de vida de la empresa familiar en España es un promedio de 24 años, es decir, una generación.

Y el problema no es esto, el problema no es que la empresa familiar se venda. Se puede vender si es lo mejor para ella. El problema es que en muchos de los casos está este traspaso de la propiedad es por conflictos internos. Entonces, pues, bueno, que la supervivencia, como he puesto aquí, de la empresa familiar, tiene mucho que ver con la forma de resolver sus conflictos. Esto lo he hecho yo, a mí me gusta trabajar siempre desde el punto de vista de la sistémica, donde está todo relacionado; y, efectivamente, aquí podemos ver dentro del sistema de empresa familiar, todos los subtemas que hay de la propiedad, de la gestión empresarial y de la familia, y todas, digamos, las interacciones que hay que pueden dar lugar a conflictos, tanto internos de la empresa como de la empresa con el exterior, con otras empresas, con la administración y con mercados.

¿Qué aporta la mediación a la empresa familiar? Pues, hay dos funciones fundamentalmente, desde mi experiencia, yo siempre hablo desde mi experiencia. Una primera función preventiva que es lo mejor, es cuando, pues, te llaman normalmente, en mi caso, son muchos compañeros, abogados y abogadas de empresa familiar que nos llaman y dicen: «Mira, por favor, intentas hacer una mediación porque sino esta empresa va a acabar mal».

Esto es lo más fácil porque todavía el conflicto no ha escalado y podemos solucionarlo en un breve espacio de tiempo. La función preventiva, sobre todo, son casos de relevo generacional cuando hay una sucesión y hay que cubrir nuevos puestos directivos, cambios de estrategia profesional también. Con esto del covid, también muchas empresas que han venido a nosotros porque han tenido que dar un cambio radical en lo que producían; afrontar nuevos proyectos, ampliar el capital o el accionariado, decisiones empresariales múltiples que han de ser consensuadas, establecer criterios para el posible precio de venta de la empresa o qué hacer con el capital, bien, cuando la empresa ya se haya vendido.

Y, luego, también, aparte de esta sección preventiva tenemos cuando ya está el conflicto en marcha, él ya ha aflorado, ya deja de ser latente, y hay que gestionarlo.

Esta es la fase más complicada y en la que precisamos una preparación específica para tratar los conflictos de empresa familiar. Suelen ser conflictos personales entre los miembros de la familia o bien entre empleados, o bien conflictos surgidos por la renovación o no de acuerdos iniciales o conflictos entre decisiones estratégicas, como inversiones, reparto de dividendos, o conflictos por decisiones de invertir para su viabilidad o para su venta o para su disolución.

En definitiva, qué aporta la mediación a la empresa familiar, pues, ayuda a que se tomen decisiones consensuadas. Promueve la empatía entre todos los miembros de la familia, y esto es muy complicado porque en la empresa familiar, digamos, que la figura del fundador o del patriarca es muy especial, es un líder nato, es una persona, por lo menos, en España, con pocos estudios, digamos, pero con mucha sabiduría y con mucha creatividad, y con mucha iniciativa. Entonces, es un líder natural, tanto para los miembros de la familia, como para los empleados, e incluso también para la comunidad.

Entonces, pues, bueno, el lograr que esta persona empatice con los demás miembros de la familia, que los escuche, y, sobre todo, a las mujeres donde están en la sombra muchas veces, cuando son tan importantes en la empresa familiar, pero desde la sombra, pues esto es muy importante. Y también colabora en las tomas de decisiones, eficaces, no impuestas.

Nosotros, bueno, ahora, veremos, por ejemplo, qué tiene que conocer una mediadora en la empresa familiar. Este tema lo he tratado porque es fundamental.

Estos son, un poquito, voy a decirlo rápidamente, los rasgos diferenciales, no podemos entrar a hacer una mediación en la empresa familiar sin conocer cuáles son sus rasgos diferenciales. ¿Y cuáles son? Pues, tenemos que saber la finalidad económica que tiene la empresa, pero sin olvidarnos porque está las diferencias con las pymes, por ejemplo, de la importancia del mantenimiento de las relaciones familiares.

Luego, la propiedad de la empresa que está concentrada en el grupo familiar. Bueno, pues, todo un poquito que es necesario conocer, los atributos del líder o patriarca, como he dicho antes, y que pueden ver aquí y también la etapa de la empresa, en qué etapa está la empresa porque es diferente la etapa de la fundación donde se da más prioridad a la empresa, donde está el fundador o el patriarca que, ante todo, él está presente en la mediación, quiere saber qué decimos, qué hacemos, a la etapa de asociación de hermanos, que se da más prioridad a la familia, es gente ya más preparada. El fundador puede estar presente en la empresa, se va pero no termina de irse, y esto crea muchos conflictos que no terminan de legitimar al sucesor que él ha impuesto o si está la etapa de colaboración entre primos, donde ya está profesionalizado, se da prioridad a los beneficios, y ya hay una mayor profesionalización.

Estos son los dilemas y contradicciones que hay que conocer. Empresa y familia es empresa junto con la familia. Y los problemas más habituales son la falta de una planificación. En nuestro caso no hay planificación en la empresa familiar. Muchas veces tienen un protocolo, pero cuando les preguntas que dónde está, ni siquiera saben dónde está. Saben que es una empresa familiar, pero no siguen los órganos ni la estructura de los órganos de la empresa familiar. Esto también da lugar a muchos conflictos.

Y, bueno, pues, estos son los planes estratégicos patrimoniales y de empleados que en las empresas que vienen a nosotros no existen, y eso también, digamos que da lugar a conflictos.

En el caso del Instituto Internacional ProMediación, estos son los más habituales: Conflictos del triángulo familia-patrimonio-empresa, diferenciación del patrimonio familiar afecto y no afecto, la retribución y puestos de la empresa de los miembros de la familia, reparto de dividendos, quién, cómo y en qué condiciones se puede entrar o salir, la gestión y estructura del grupo familiar, la falta de legitimación, y una sucesión no prevista ni planificada.

La perspectiva de género no me da tiempo, pero quiero que se sepa que es muy importante. La mujer ocupa su papel fundamental, pero en la sombra. Entonces, también, a través de la mediación le damos voz a la mujer que puede ser o la mujer del patriarca o bien a las hijas. En el caso nuestro también hemos visto que en el 80 % de los casos, habiendo hijas e hijos, son los hijos, tengan la capacidad que tengan, los que van a heredar, digamos, los que van a suceder al patriarca. Y esto es otro motivo de conflicto porque no son legitimados por el resto de la familia.

Y, bueno, ya acabo aquí. Me encantaría seguir porque es un tema apasionante, pero quiero respetar al resto de los panelistas, así que, pues, darles las gracias y estoy a su disposición para cualquier pregunta que tengan pero que tendrá que ser ya por diferido en el correo electrónico que la universidad les podrá dar. Así que muchas gracias a todos.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Muchísimas gracias, María Jesús. Nos has abierto un espacio interesantísimo que, probablemente no está en nuestras mentes, y es que este mundo de las empresas familiares en el Perú, por cierto, son un alto porcentaje, como bien se ha señalado. Y, además, nos has abierto otra realidad que también tuvimos en el Perú, cuando recién salió la Ley de Conciliación. Los abogados no llegamos a entenderla, y los mejores conciliadores no eran, precisamente, abogados por su capacidad de ser litigantes, y no conciliadores o mediadores. Y, además, este mundo de los conflictos internos de las familias, tan importante. En nuestro país hay muchas familias, dueñas de grandes empresas, y que, probablemente, nunca se nos ocurrió, sinceramente, en mi caso, nos has abierto un espacio extraordinario que, seguramente, abrirá los ojos de Marlene, que está aquí presente para mirar por dónde llegar, por dónde andar.

Y, finalmente, esta perspectiva de género que también es importantísima, porque, ciertamente, es el patriarca, es el dueño, y cómo las mujeres pueden incorporarse en ese proceso de una manera distinta para la toma de decisiones, a veces, oculta, como sucede en nuestras comunidades. Los hombres hablan, pero las mujeres están detrás tomando las decisiones.

María Jesús Fernández Cortés: Totalmente, así es.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Muchísimas gracias, María Jesús, nos has abierto un espacio extraordinario. No sabes cuánto te agradecemos por el esfuerzo que has hecho, y como ya ella nos ha señalado, cualquier pregunta o duda, por favor, no duden en hacerla porque María Jesús ha abierto el espacio para ella contestar directamente a través del correo.

Muchísimas gracias, nuevamente.

María Jesús Fernández Cortés: Así es, muchas gracias a todos.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Ahora nos toca continuar con este panel que ustedes ven que resulta impresionante porque nos vienen interrogantes temas que no sabíamos, temas que no conocíamos, ¿verdad? Probablemente, varios de ustedes sí, pero en mi caso, no.

Tenemos ahora la presencia de Octavio Zuluaga. Octavio nos va a abrir otro espacio también, y, seguramente, sumamente moderno, sumamente especial como moderno, lo pueden ver ahora a él hasta físicamente, y me refiero a que se referirá a un tema de actualidad: «¿Cuáles son las oportunidades y los retos que ofrecen los medios virtuales en el desarrollo exitoso de la mediación comercial?». Es decir, en qué medida, pues nosotros siempre estamos acostumbrados a la conciliación presencial: la importancia, la presencia de las partes, en la experiencia que tenemos en el centro de la universidad, pero además en conciliaciones no de carácter comercial, precisamente, sino familiar o de otra índole.

Pero, en este caso, él nos va a comentar ello, y en el previo a esta reunión, en la previa, como se dice hoy día cuando se habla de fútbol, nos ha hecho comentarios de experiencias impresionantes.

Entonces, con mucho cariño, Octavio, tienes tú la palabra para comentarnos lo que nos vienes a compartir.

José Octavio Zuluaga: Muchísimas gracias, querido César, y un saludo, pues, a todas y a todos, y a las abogadas y a los abogados, a propósito de la perspectiva de género, como lo mencionaste. El reto de la virtualidad es grande. La pandemia nos ayudó; es un beneficio, una ganancia de esta situación tan compleja y tan difícil que estamos aún viviendo en el planeta; sin embargo, nos empujó a la virtualidad, y ya existía, ya se utilizaba, a todos nos sorprendió la tecnología, y cómo podemos utilizar y hablar a través de un teléfono, y hoy están en este evento y en este congreso, cercanos y reunidos, estando en tantas latitudes.

Entonces, la tecnología nos avasalla indudablemente, y trae beneficios, y a propósito de la perspectiva de género, alcancé a incorporar dentro de la presentación que voy a compartir, una pequeña alusión a la perspectiva de género, a propósito de acoger la virtualidad porque la perspectiva de género, sin duda, se justifica, es necesaria y tiene que trascender las limitantes o barreras que hay, en relación a la discriminación, por supuesto, y no discriminar.

Y la mediación y la conciliación son profundamente incluyentes. Me llegó y hasta... y la utilizaba muy bien en el saludo inicial de todas y todos, etc., y en los escritos mucho más complejos se extienden mucho hasta que vi esta caricatura y esta situación en la vida real. Miren lo que pasa con la perspectiva de género: perros y perras calientes en una venta de *hot-dogs*. Entonces, también nos toda cuidar hasta el lenguaje.

Pero, fíjense que con esto qué es lo que acabo de hacer en relación a la virtualidad. Acabo de utilizar un medio igual, con naturalidad y espontáneo para romper el hielo, para generar ese *rapport* que debemos provocar los mediadores y los neutrales, las y los mediadores y neutrales. Entonces, lo primero para acoger la virtualidad es la naturalidad y la espontaneidad. Igual, la virtualidad nos trae la posibilidad de tener conexión con grandes ventajas y facilidades, disminuyendo costos y tiempos, por ejemplo.

Tenemos que cuidar, por supuesto, los procedimientos, y se cuestiona si el procedimiento es igual o no, si la voluntariedad queda restringida. No, sigue siendo igual la voluntariedad en la mediación y en la conciliación para gozar y distinguirlas, pues, sigue siendo la misma.

La neutralidad nuestra, así estemos actuando a través de la virtualidad, sigue siendo la misma, la vamos a cuidar. Simplemente tenemos una herramienta diferente con una forma de abordar y de contacto diferente.

Hay retos, como, por ejemplo, la aprobación del acuerdo, hacemos firma física, hacemos firma digital. Hace unos años, cuando teníamos mediaciones en diferentes ciudades, el papel viajaba a través de estos mecanismos de correo rápido y el acta de mediación o el acta de conciliación viajaba físicamente, pero las legislaciones en nuestro continente, y en Colombia, en particular, desde el 2005 permiten y fortalecen la legitimidad. Ese es un reto.

¿Cómo hacemos con la firma? Entonces, tenemos diferentes medios. Todos los países tienen ya hoy legislación que incorpora la virtualidad, incorpora los medios tecnológicos abiertamente, y allí se establece que un video es un documento. Entonces, podemos grabar la parte del acuerdo en una mediación, en donde cada uno acepta un acuerdo que leemos, que hemos escrito y con esa aprobación tenemos un documento que puede ser presentado al juez el día de mañana, cuando se incumpla, si se incumple una obligación y necesitamos ejecutar.

Entonces, tenemos que definir cómo hacerlo. Las legislaciones han resuelto este tema de firmas también validando la manifestación de la voluntad a través de un envío, un correo, un e-mail, aprobando el acta, un texto de acta que va por correo electrónico, y del correo oficial o del correo que tenga registrado la persona. Si es una corporación o una empresa, tendrá registrado un correo de

notificaciones, un e-mail o una dirección de e-mail. Y si es una persona natural, también debe tener alguno que ha manifestado ser su e-mail.

Si desde ese e-mail envía la aprobación al texto que está allí como *attach* o adjunto, con eso tenemos la manifestación de la voluntad. Entonces, la misma pandemia o la circunstancia, la virtualidad nos ha obligado a facilitar. Eso tenemos que revisar, ¿cómo legitimamos?

También existen los muy sofisticados mecanismos de firma electrónica que tienen costos, pero en la práctica se utilizan poco para nuestras mediaciones porque no son necesarios, la manifestación de la voluntad, a partir de la buena fe es mucho más ágil.

Y ojo con la grabación porque, si grabamos, todo el ejercicio de la audiencia o de las reuniones de mediación y conciliación, podemos estar vulnerando la confidencialidad, la privacidad. Entonces, tendríamos que pedir permiso, pero la grabación coacta, limita la expresión.

Entonces, ojo, la invitación es a que no se grabe, sino solamente la parte del acuerdo, en donde cada uno se presente, incluso, muestre su documento de identidad, y se apruebe el acuerdo si se quiere. Tampoco es necesario.

En Colombia, y en la practicidad de la virtualidad y a través de audiencias de conciliación, hoy día hacemos ya pocas grabaciones, porque el simple correo electrónico que aprueba el acta que va y regresa, tenemos la manifestación de voluntad aceptada por la jurisdicción.

Entonces, para evitar el riesgo de perder la confidencialidad, incluso, ya no hacemos tantas grabaciones, pero se puede, por supuesto.

Entonces, tenemos que ser creativos frente a la virtualidad para solemnizar nuestros acuerdos y para superar cualquier barrera aparente. Lo que nos trae son ventajas.

Voy a apoyarme rápidamente en un concepto y una figura que conocemos, a Leonardo da Vinci. Este libro fascinante que los invito a que lo revisen, habla de las características de la personalidad de Da Vinci, que nosotros los mediadores, los conciliadores y los conciliadores tenemos desarrollados. Son mucho hemisferio derecho y mucho hemisferio izquierdo.

Fijense que Da Vinci lo reconocemos como el mayor de los genios por su racionalidad, la matemática, el cálculo, los planos que son los inventos y las máquinas; principios como el helicóptero, pero también por su hemisferio derecho. Y el arte, la combinación y la aproximación al arte. Esa máxima expresión de la pintura que tenemos como el genio y lo reconocemos como el genio. Esa combinación de hemisferios también la tenemos nosotros, los neutrales, porque tenemos que combinar esta espontaneidad, percibir el lenguaje no verbal que sí se puede a través de los medios virtuales. Y si ustedes observan y están viendo el grupo en la pantalla, podemos tener diferentes mecanismos para ampliar la imagen y observar. Entonces, la virtualidad nos trae oportunidades.

Siguiendo a Da Vinci, la *curiosità* es una característica que se destaca en su personalidad y nosotros la tenemos. Entonces, la curiosidad nos invita a conocer más de la tecnología, a ensayarla, a quitarnos el miedo, y veremos cómo fluye. Necesariamente tenemos que aprenderla, ya todos manejamos celulares inteligentes, y eso nos cuesta trabajo. Dios mío, cuando cambiamos el teléfono y estrenamos uno nuevo. ¿Les ha pasado? Estrenar uno nuevo, eso nos toca, y quedarnos muchas horas aprenderlo a manejar, pero se puede. Eso pasa con la virtualidad.

El *sfumato*, que es la disposición a aceptar la ambigüedad, la paradoja y la incertidumbre. Ustedes, muchos lo serán, profesores, les ha pasado, a veces, que dando clase no saben si los alumnos están allí o no, porque se ve la imagen conectada, pero no estamos viendo el video y no están interactuando, y tenemos que movernos en esa incertidumbre e invitarlos a que activen la cámara, hablen y pregunten para participar. Son retos que nos trae la virtualidad. Sin embargo, los podemos operar.

Y así combinamos nuestro arte y la conciliación con la ciencia y la tecnología.

Entonces, para recordar, en la virtualidad puede pasar también mecanismos de extracción y podemos tener niveles de atención; un primer nivel de desatención e ignorancia, en donde haya temor a la virtualidad, donde no se pueda participar.

Después se puede estar aparentando que se está escuchando y poniendo atención, y de pronto, ni siquiera están allí. Un nivel más profundo empieza a ser la escucha selectiva, y el cuarto nivel que sí lo podemos doblar, como estamos en este momento, quizá lo que ustedes están atendiendo, es la escucha atenta. También se puede, y tener una imagen ampliada nos permite facilitar el escuchar con la escucha atenta.

¿Qué ventajas tiene la virtualidad? Pues, no hay desplazamientos, entonces, la asistencia o la inasistencia se disminuyó. En la estadística del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en donde participé, la estadística e inasistencia se disminuyó al 5 % cuando estábamos en casi una tercera parte, porque la virtualidad ya no permite excusas. Sí, puede haber dificultades de conectividad, pero ya no tenemos la fuerza mayor o que llegó tarde o el desplazamiento y el tiempo. Nos facilita el tiempo si tenemos la obligación en las legislaciones en que el neutral redacta el acta, pues también nos permite manejar el tiempo porque les podemos decir, «desactiven tranquilos su cámara, sigan trabajando, mientras yo redacto el documento y lo revisamos». Entonces, no tenemos la presión del tiempo.

Aparentemente, se pierde el contacto personal. Sí, no vamos a estrechar la mano, no nos vamos a dar un abrazo, pero sí podemos, por ejemplo, utilizar técnicas como pinar o anclar la imagen. Si tenemos todas las imágenes, nosotros podemos poner una sola imagen en pantalla y observar a una persona. Entonces, cuando está hablando el convocante y queremos observar al convocado cómo reacciona, podemos ampliar en nuestra pantalla esa imagen y observarla más detenidamente.

Así, sin que se dé cuenta, miramos el movimiento de sus ojos, porque lo ampliamos en nuestra pantalla. Eso se puede. Luego, sí hay una ganancia en ese sentido.

También el hecho de escucharse y de las discusiones, son más sencillas porque o se habla de uno en uno, o no se entienden cuando estamos en la virtualidad, todos hablamos al tiempo y nadie escucha. No nos podemos escuchar. Entonces, necesariamente hay que hacer pausas. Esa es una mejora o una ganancia. Eso disminuye la escala del conflicto.

Entonces, la virtualidad llegó para quedarse y trae beneficios.

Recomendaciones. Hay que cuidar la imagen atrás, la espalda, el fondo, para que nos veamos bien. Ensayen ustedes cuando estén trabajando en la virtualidad, que se vean como quieren verse. Todos los computadores tienen la posibilidad de poner la cámara. Y, entonces, ustedes observen para ver y sentirse a gusto, y que los demás los vean bien. Ojo con eso

Entonces, sí se puede superar la virtualidad. Aquí les muestro a mi mamá de ochenta y nueve años, que ha logrado trabajar en su computadora y revisa, y ve películas y habla con sus amigas por teléfono.

Y la virtualidad nos trae cosas como esta, estar en la parte superior organizados como presentador de noticiero, pero realmente, poder estar en una casa campestre como esta fotografía que les comparto, mía penosa podría ser, pero miren la imagen que vieron las partes en una audiencia aquí, la imagen real en pantaloneta con comodidad en una casa campestre. Entonces, la virtualidad nos trae ventajas. Utilicémoslas, y recuerden que «No mires hacia atrás con ira, ni hacia adelante con miedo», la virtualidad nos puede generar miedo, «sino alrededor con atención».

Muchas gracias y quedo a disposición para que amplíemos este tema de la virtualidad. Les puedo contar que sí funciona.

En la Cámara de Comercio de Bogotá el año pasado, y con esto concluyo, en plena pandemia con el incremento de conflictos, en contratos de arrendamientos, hicimos una jornada casi gratuita de conciliación para locales comerciales y contratos de arrendamientos. Hicimos 542 audiencias en el mes de junio, y llegamos a un 89 % de acuerdos. Y con eso superamos el tema o el temor de la virtualidad, como lo estamos ahora manejando en este evento. Virtual.

Muchísimas gracias y acabo la exposición de todas y todos.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias, Octavio. Yo diría para decir en dos palabras: nos has mostrado las virtudes de la virtualidad. Es decir, qué ventajas y qué beneficios tienen. Parecía ser que estábamos en los cursos de conciliación antiguos, en los cuales siempre nos decían: la presencia es muy importante; mirar al otro, mirar a los ojos, etc., etc., para poder llegar a entender qué cosa nos quiere decir. El lenguaje no verbal es un porcentaje muy alto del lenguaje verbal. Entonces, la pregunta que nos podríamos hacer ¿esto es posible?, y hoy nos has indicado que sí; que sí es posible entender y comprender lo que el otro, en su lenguaje no verbal, en el fondo, nos está diciendo.

Y nos has mostrado definitivamente todas las ventajas que la virtualidad tiene. Y los protocolos que, probablemente, tengamos que, de alguna manera, armar y construir para comprometer a los empresarios, a las mipymes [...] etc., a este espacio tan interesante y que tú nos muestras, nos has dejado una experiencia, nos has dejado un legado que podríamos decir que sí es posible la mediación, no obstante lo que, aparentemente podría ser una desventaja la has convertido en ventaja.

Y esta última imagen desde arriba para abajo, y me imagino que todos los que estamos aquí, debemos haber sonreído porque es una situación muy similar en la que nos encontramos.

Octavio, esperamos las preguntas que nos vienen al final. A Dios gracias nos puedes acompañar al final y encantado.

Muchísimas gracias.

José Octavio Zuluaga: Sí, señor. Muchísimas gracias.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Ahora tenemos a Mercedes Tarrazón. Ella también viene desde España; está en España, no viene. Por la virtualidad ya parece que estuviera presente aquí físicamente. Dios hubiera querido que así fuera. Sin embargo, no es así, pero Mercedes aceptó un reto, y es responder algunas de las preguntas que nosotros nos hemos hecho al inicio, es decir, ¿es necesario contar con una ley especial para que funcione la mediación comercial? ¿Cuáles son los factores que permitieron su desarrollo, exitoso en España, según tu experiencia, Mercedes? ¿Y cómo lograr que los empresarios, que las entidades confíen en el Estado, que confíen en esta fórmula de solución de controversias?

Te dejo la palabra Mercedes y muchísimas gracias por acompañarnos en esta madrugada española.

Adelante, tienes la palabra, Mercedes. Encantados de estar contigo.

Mercedes Tarrazón: Gracias a ustedes, gracias, César por la cariñosa presentación, y gracias, por supuesto, al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú por contar una vez más conmigo para este interesantísimo congreso por el que les felicito.

Contesto así las preguntas con un matiz yo en la segunda pregunta, no me referiré solo a España, en cuanto a experiencias de éxito para el desarrollo, pero haré una serie de reflexiones que creo que nos pueden ayudar en el debate.

La primera pregunta es: ¿es necesario contar con una ley especial? Y a mí me sabe muy mal no verlo igual que el doctor Guzmán, pero la verdad yo creo que la respuesta es sí. Les diré por qué creo que es necesario.

En primer lugar, porque si no tenemos un reconocimiento de la institución en el sistema jurídico no la podemos implicar en una relación con el resto de instituciones del sistema.

Es decir, una de las posibilidades que tiene la mediación es que el juez, la jueza de instancia sugiera a las partes, invite a las partes a considerar la mediación.

Pero, claro, para que una ley de procedimiento civil incluya eso, esa institución de la mediación tiene que estar dignamente reconocida.

Además, el reconocimiento de la institución le da marchamo, le da confianza al usuario. Por decir, yo, y se los digo desde la experiencia práctica, yo llevo treinta años mediando, y durante muchos de ellos, he mediado en España sin ley de mediación.

Entonces, es aquello que haces tú. O sea, tienes que buscar cómo darle una forma. Es verdad que es una negociación facilitada con un tercero neutral. Es verdad que aquello que se alcanza se puede... el acuerdo que se alcanza se puede documentar un contrato, pero, realmente esa condición de institución propia, en el ordenamiento jurídico de un país, requiere de un reconocimiento legislativo.

Y, además, hay otra cuestión que es enormemente importante, si hay una ley de mediación, se establecen los estándares de confidencialidad. Pensemos que esos estándares de confidencialidad son la garantía para que la mediación funcione. Es esa protección, ese paraguas, bajo el cual vamos a desarrollar el procedimiento, lo que ofrece garantías a las partes para poner las cartas sobre la mesa. Recordemos que, en la mediación podemos tener sesiones privadas, sesiones conjuntas, esas sesiones privadas serán doblemente privadas o si acepta la parte, la parte es por supuesto, cliente y abogado, clienta y abogada con el mediador o con la mediadora. Entonces, esas reuniones privadas son doblemente confidenciales, quiere decir que el mediador, que la mediadora no va a transmitir esa información a la otra parte, a menos que cuente con expresa autorización al respecto.

La protección, el establecimiento de los parámetros de esa confidencialidad, si no tiene un reconocimiento legal, si no tiene una protección por el reconocimiento en el sistema jurídico, pues es mucho más difícil de llevar para adelante.

Factores que permiten el desarrollo de la mediación, pues, depende de los países. Les he de decir, no contradiciendo la que venía diciendo, pero matizando lo que acabo de decir, que el hecho de tener una ley de mediación en un país, no se convierte en un factor que permite un desarrollo. Se puede tener una ley de mediación y que no pase nada porque la mediación implica un cambio de actitud de las personas ante el conflicto. Venimos de siglos y siglos de delegar en un tercero para que decida por nosotros, sea el jefe de la tribu, el sacerdote, los padres, los maestros, la empresaria, el empresario, siempre hay alguien que sabe, el juez, la jueza, que sabe lo que debemos hacer.

Entonces, aquí realmente la mediación lo que tiene es que la parte conserva el control sobre la decisión, pero eso implica también una responsabilidad, es decir, estamos pidiendo a las partes que hagan un cambio de mentalidad, y eso es exigente.

Entonces, por la mera existencia de una ley no cambian las cosas. Distinto es que sale, incluye a la mediación como requisito de procedibilidad, es decir, que antes de interponer una demanda, alguien tenga, las partes tengan, a quien quiera interponer una demanda, tengan que intentar previamente la mediación.

Esto, que es una estrategia, que es una posibilidad, que no necesariamente apela a aquellos que venimos practicando la mediación en un ámbito de voluntariedad desde tantos años, hay que reconocer que ha significado en algunos países, algunos de ellos Argentina, ser ciertamente una popularización, es decir, un conocimiento por parte de los usuarios y las usuarias, de la figura de la mediación.

Tenemos recientemente, bueno, recientemente no tanto, es una década ya, pero desde la aprobación de la directiva europea, como saben ustedes, es una norma que establece el esquema conforme al cual, los parámetros conforme al cual los distintos Estados miembros incorporan después en su sistema jurídico, el ordenamiento jurídico interno, lo que haya regulado la directiva. Tuvimos una directiva en el 2008 de mediación, Italia cuando la traspuso, la incorpora a su ordenamiento, construyó la mediación como requisito de procedibilidad en varios supuestos, y realmente las estadísticas italianas están dando una presencia creciente de utilización de la mediación, el impulso judicial.

En Inglaterra son conocidas las primeras sentencias que a nosotras, Inglaterra y Gales, que como saben ustedes, de todos los países europeos que las estadísticas británicas están dentro del continente europeo; es decir, de todas las jurisdicciones europeas donde más mediación comercial tenemos es en Inglaterra y Gales.

Viene de más de una década, de dos décadas para atrás tienen unos y fueron unas sentencias muy relevantes donde, muy brevemente, pero fueron jueces que construyeron la figura de decir una parte había rechazado la invitación de la otra parte de ir a mediación, y después, la parte que había rechazado resulta vencedora, pero los jueces, en vez de dar las costas a la parte vencedora. Como saben, el sistema anglosajón, en el *common law*, la práctica es *costs follow events*, las costas siguen la misma pauta del resultado, con lo cual el que pierde paga las costas del que ha ganado, pero el juez no dio las costas a la parte ganadora, y no se las dio porque, habiendo exigido que continuara el procedimiento, al rechazar la mediación, lo que había hecho era encarecer el resultado económico de la otra parte, y además había hecho más gravoso para la administración de justicia, para la sociedad, en general, porque había un caso más en los juzgados.

Entonces, todo esto, esta sentencia que, poco después, hubo otra en la misma línea, fue muy determinante, fue muy determinante porque significó una alerta por parte de los colegios de la abogacía y una autoexigencia por parte del colectivo de la abogacía, y ya una abogada ejerciente y orgullosa de serlo, pero es verdad que, a veces, los abogados, las abogadas por desconocimiento o por pensar que con una mediación no van a ver los honorarios que verían en otro tipo de procedimiento, no dan el debido acceso a sus clientes.

Todo esto implicó en las *law societies*, en los *bars* ingleses y de *data* legales, un cambio de mentalidad, y esto llevó también a un *boom*. Es decir, el impulso también fue un impulso judicial, impulso que pensemos que tiene también un rol muy importante cuando dentro en esa construcción de la mediación dentro del ordenamiento jurídico se enlaza con la ley del enjuiciamiento civil, con el procedimiento civil que tenga el país en cuestión, y se abre esa posibilidad de que el juez, pues, sea de instancia o, incluso, en apelación, delante de un supuesto pueda invitar a las partes, lo que se llama la derivación judicial, la mediación intrajudicial. Eso puede ser también un mecanismo para un factor que permite el desarrollo.⁷

En esta última pregunta que estamos viendo, los factores que permiten el desarrollo, he de decir también que si estaba, yo participé en varios de mis trabajos, durante el desarrollo para la elaboración de la directiva, Holanda, los Países Bajos, era un Estado que estaba logrando un buen uso de la mediación, y era contrario a la directiva, es decir, no hace falta la ley. Es decir, hay muchas maneras de irlo desarrollando, pero, realmente, si necesitamos hacerlo de un modo expeditivo porque, al final, las

cosas para los cambios, es preciso que, simplemente, pues, claro, si no tenemos ley, va a ser muy difícil que haya un impulso judicial, va a ser muy difícil que haya un mayor conocimiento de todo esto.

¿Cómo lograr que los empresarios y que las entidades del Estado confíen en esta opción? ¿Cómo lograrlo respecto a estos dos colectivos es de maneras muy distintas? Respecto del empresariado, empresarios y empresarias, por supuesto, los casos de éxito y esos complejos o porque la mediación, al ser confidencial, pocas veces se comentan los casos, pero los casos de éxito convencen.

Después, una buena regulación de la confidencialidad porque eso es garantías. Esto es un paraguas de protección. Y, por supuesto, una percepción de valor añadido. Esa perfección de valor añadido, que se da, incluso, en casos en que no se llega a acuerdo, pero la calidad del trabajo hecho, la calidad de la mediación hace que las partes agradezcan y reconozcan que de aquello sacan y les permite, pues, desglosar el conflicto, aclarar cuestiones, etc., etc.

Respecto de las entidades estatales, pues, bueno, a ver, y Perú es un ejemplo extraordinario y pragmático en el ámbito del arbitraje. Claro, el Estado, muchos Estados ya están regulando la mediación diciendo que quieren descargar los juzgados, los tribunales, pero no incluye en esa mediación los supuestos donde la administración pública es parte.

Entonces, claro, los Estados convencerían más si dieran ejemplos, pero también es cierto que es necesario regular de qué manera participa el funcionario o la funcionaria pública en una mediación para que tenga garantías. Claro, lo que no podemos poner es a personas a negociar asuntos para que después alguien pueda cuestionar su honorabilidad, su reputación, diciendo que si le va a ese acuerdo y no a otro, es quizá porque ha incurrido en alguna ilegalidad.

Entonces, esto precisa de una regulación clara. Es decir, hemos de dar garantías a los representantes de la administración pública cuando participan en procedimientos de mediación, conciliación, procedimientos autocompositivos para que su actuación no pueda nunca, no a menos que haya una irregularidad real, pero quiere decir que haya unos parámetros claros de autorizaciones, de pasos a seguir, y establecer de manera que puedan intervenir con garantías y con seguridad.

De modo muy rápido, pero creo haber atendido las tres preguntas.

Muchas gracias por su atención.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Muy agradecido, Mercedes.

No sabes lo peruana que ha sido tu intervención. Realmente porque, tal vez, yo no supe mencionar adecuadamente. Nosotros tenemos, como tú conoces, una Ley de Conciliación Extrajudicial. Esa ley ya reconoce a las actas título ejecutivo, es decir, medio ejecutivo. Esa ley ya permite que se llegue a un acuerdo final, ya no es necesario que vayas al Poder Judicial. Esa ley también permite la confidencialidad, y también, en el caso de la conciliación, en el campo de las entidades del Estado, se han dictado últimamente normas que pretender conceder garantías a los participantes del Estado, a efectos de que no sean sancionados mañana, por haber tenido que tomar una decisión, porque cuando uno concilia, de alguna manera, concede, y esa concesión debería tener una justificación suficiente. Se han buscado fórmulas y, de alguna manera, empieza a funcionar. Sin embargo, tú nos has aclarado expresamente que sí se necesita.

En todo caso, el reto peruano será, y tal vez podamos contar con tu apoyo en eso, revisar esta Ley de Conciliación Extrajudicial, para ver si en ella faltan algunos aspectos peculiares o especiales que harían que su uso sea mucho más eficiente en el campo comercial, aparte, evidentemente, de la conciliación o mediación internacional que sí requiere que nosotros, para facilitarla, suscribamos esta Convención de Singapur, que es otro tema. Sin embargo, me pareció muy interesante tu presentación porque, además, digo, caminos que hemos recorrido, de alguna manera, cuando hablas del cambio de mentalidad.

Aquí ha sido muy difícil. Acá, como tú sabes muy bien, se impuso la conciliación como obligatorio en algunos casos, y, sin embargo, no fue comprendida como tal. En las actas se convirtieron en una formalidad para ir al Poder Judicial. ¿Por qué? Porque tenemos 500 años de Poder Judicial, y de ahí de la noche a la mañana, cambiar nuestra unidad, no ha sido fácil, es un proceso lento. Probablemente, los abogados son los que menos hemos comprendido.

Pero, muchísimas gracias, Mercedes, nos has puesto el espacio adecuado para poder responder a este reto extraordinario que hoy día tenemos que hacer la mediación comercial una realidad en nuestro país.

Hablando de la realidad de nuestro país, hemos visto un video hasta en tres veces repetido de lo que es la experiencia de la Defensoría del Cliente Inmobiliario, donde ya se está trabajando en concreto en la conciliación. Y, precisamente, su protagonista más importante es quien hoy día tiene la palabra.

Hernando, te escuchamos para esta propuesta autocompositiva, y tu experiencia. Adelante, Hernando.

Hernando Montoya Alberti: Muchas gracias, César.

En primer lugar, antes de comenzar, yo tengo una inquietud para Octavio.

Octavio nos ha vendido la idea de todo lo que es la virtualidad, pero, por ejemplo, cuando terminé de hablar nuestra primera expositora, María Jesús, Octavio y también la doctora Tarrazón provocaba aplaudir, y entonces, un poco la pregunta es cómo hacemos para expresarnos con el aplauso a través de un medio virtual. O sea, eso es lo que se ha cortado en el medio virtual.

Veremos, pues, Octavio, qué cosa se te ocurre en un futuro.

José Octavio Zuluaga: Sí, la virtualidad tiene unos muñequitos que nosotros no usamos. La verdad, yo no uso unas figuritas que tiene la opción de colocar unas imágenes y unas sonrisas. Figuritas que hacen aplausos y estos que nuestros nietos utilizan, pero realmente no las uso.

En una mediación, cuando tienes todos los micrófonos abiertos, o lo activan y lo desactivan, pues, se puede activar. Nosotros podemos, en un congreso como este, en el espacio preguntas, pueden activarse los micrófonos y decir abiertamente, actívenlos tranquilamente y participen y hablen, porque, claro, ahí estamos todos mudos y estáticos.

Es decir, tienes razón, Hernando.

Hernando Montoya Alberti: Bueno, veamos nuestro tema.

El tema es la «Defensoría del cliente inmobiliario. Un mecanismo autocompositivo». Es un poco la explicación. Quiénes somos, por qué es una defensoría, a qué se dedica, etc., vamos a ir viéndolo a través de estas filmadas, y voy a ir explicando esta experiencia porque podríamos decir que es una experiencia que nace en diciembre del año 2020.

Desde el año 2018-2019 se comenzó a crear la necesidad de que las empresas inmobiliarias pudieran establecer mecanismos que permitieran solucionar los reclamos de los usuarios, de sus clientes, de sus consumidores, de forma tal que se abran las puertas y las ventanas para escuchar, y una vez que sigamos escuchando, ver la posibilidad de dar la solución inmediata, de forma tal que se evite ir a una entidad administrativa, como es el Indecopi, para hacer una denuncia en la Comisión de Protección al Consumidor, y después esto va a la sala.

Entonces, lo que se trata de evitar es «Señor cliente, resuelva usted con nosotros sus problemas, y nosotros estamos dispuestos a escucharlo y a resolverlo, y entonces, un poco que nace y decimos, la DCI, la Defensoría del Cliente Inmobiliario es una persona jurídica, es una asociación constituida sin fines de lucro, bajo la forma asociativa.

Su forma de accionar es independientemente económica y financiera estrictamente privado, no hay cuestión estatal, no hay cuestión de terceros, es el gremio, son los que conforman la asociación los que deciden dar solución al tema. Se crea, pues, por una necesidad de resolver los problemas de los clientes, de los proveedores de las inmobiliarias.

Quiénes son los que tienen esta fabulosa idea. La Asociación de Desarrolladores Inmobiliarios, la Cámara Peruana de la Construcción, y la Asociación de Empresas Inmobiliarias, tres grandes gremios que se juntan y crean una organización llamada Defensoría del Cliente Inmobiliario.

Y estos tres grandes medios, tienen, conllevan a sus socios, a sus asociados que son 159 empresas dedicadas a esta actividad inmobiliaria, construcción, venta de departamentos.

Entonces, hay un universo de 159 empresas que están en esta asociación y que desean solucionar los problemas con sus clientes.

Entonces, miren ustedes qué interesante, el primer punto es la voluntariedad, y eso es estar dispuestos a escuchar y a solucionar.

¿Por qué una defensoría? Primero porque tiene una base legal. La Constitución Política del Perú defiende el interés de los consumidores y usuarios.

El Código de Protección al Consumidor antes la Ley de Protección al Consumidor, hoy día el Código de Protección al Consumidor, tiene políticas públicas insertas en su articulado, urge garantizar mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos. En base a eso, la presidencia del Indecopi considera que esto hay que promoverlo y saca una resolución para contar con un mecanismo del sistema de autorregulación.

Tenemos sistemas de conciliación, tenemos todo lo que queremos, pero hay que buscar que los gremios, las mismas entidades puedan solucionar sus problemas quizá evitando, pues, tener más conflictos o más cargas administrativas dentro de los organismos del Estado porque esto es algo privado.

¿A qué se dedica? A regular de forma autocompositiva no contenciosa los reclamos ante las empresas vinculadas al sector inmobiliario y al consumidor. Se busca resolver conflictos. Relacionados conflictos, generalmente relacionados con el cumplimiento de la entrega del inmueble dentro de los plazos ofrecidos en el contrato.

Claro, hoy día decimos, la pandemia es un caso fortuito, o, de repente, fuerza mayor, y entonces, no permite cumplir, pero te sentirás en una mesa y dirás: «Perfecto, yo te prometí cumplir en tal mes. Va a ser una prórroga de tres meses más», pero cumplir. Y ese es el compromiso al reclamo que se hace entrega. Entrega de la titulación, entrega de las inscripciones, subsanación en la construcción, ya sea que hay rajaduras, mayólicas mal puestas, etc., lo que se busca es la idoneidad del producto que se ofreció al consumidor.

Siempre nos vamos a regir por los principios, equidad, igualdad de trato. Es voluntario, es un sistema voluntario, nadie va a obligar al usuario, al consumidor a que haga un reclamo previo. Es decir, lo que se busca es la buena voluntad para solucionar conflictos y no va a ser caro porque no hay cobro para el usuario. Esto todo lo financia las mismas entidades del gremio inmobiliario, y el usuario va y se somete voluntariamente.

Si no te quieres someter a este sistema «de mediación», entonces, ándate, pues, a Indecopi, haz tu denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor, y sigue tu procedimiento. Eso sí te advierto: esa denuncia que tú hagas, posiblemente, va a ser resuelta con una resolución de primera instancia, dentro de 12 a 18 meses; y si es apelada, esa denuncia va a tener otro año más para que la sala, en segunda instancia, pueda resolverlo. Ya van dos años y medio. Una vez que está resuelta, todavía cabe el proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial en la nulidad del acto administrativo.

Posiblemente, demore tres años más, entonces, en el damero, te proponemos lo siguiente: ven acá, estamos abiertos, hemos abierto la puerta, la ventana, para escuchar. Te prometemos celeridad. Nuestro reglamento nos señala que, en un plazo máximo de 60 días, debemos dar solución al problema. O lo solucionamos o, simplemente, no se va a poder solucionar y tendrá libertad de recurrir al Indecopi, al trámite administrativo o a lo judicial, si fuera tu caso. Pero, si es que te sometes a este procedimiento por todo lo indicado, posiblemente, se pueda resolver el tema en 60 minutos.

¿Vale la pena arriesgar? Claro que vale la pena arriesgar, porque si después de 60 días no te dan la razón como consumidor, tú todavía podrías decir: «Bueno, todavía puedo hacer la denuncia ante el órgano administrativo de Indecopi. Nadie te ha perjudicado en tu reclamo».

¿Es vinculante? La vinculación es interesante porque, en efecto, si es que el reclamo dado no le da la razón al consumidor, al reclamante, no es que pierdas, simplemente, puede ir el día de mañana a reclamar ante Indecopi. Pero, si es que obliga a la inmobiliaria a solucionar el problema, la inmobiliaria sí tiene una vinculación con lo que resuelva en ese sistema; está obligada a cumplir. Hay una vinculación a las empresas, a los proveedores.

Buscamos una conciliación, las resoluciones tienen que ser motivadas, hay una celeridad y economía procedimental que hemos visto, una rogación se acuerda a petición del interesado. La rogación la hace el interesado, el usuario, el consumidor, no la hace el proveedor. Este es un sistema para el usuario, para el consumidor, y se busca una imparcialidad.

¿La imparcialidad la encontramos en dónde? En primer lugar, ustedes se dan cuenta, el organismo o la organización es la Defensoría del Cliente Inmobiliario, que es una asociación, pero la asociación, lo que ha hecho es ha desmembrado este trámite. Y dice: «No, estos temas los va a ver el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica», con lo cual está dando un tinte de total de independencia y totalmente de imparcialidad, y esa es la institución que va a buscar la mediación y la resolución del conflicto.

Si es que las entidades del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos no llegan a un acuerdo o no propician la mediación o un acuerdo entre las partes, eso se eleva al defensor del cliente inmobiliario. Yo soy a quien han pedido que sea el defensor del cliente inmobiliario, y entonces, sacaremos una resolución y diremos quién tiene la razón.

¿Hay requisitos limitantes? Sí, debemos calificar y solamente es para consumidores. En la legislación nacional tenemos concebido quién es el consumidor, aquél que está en condiciones de inferioridad respecto del proveedor. No todos son consumidores, para efectos de la Ley del Consumidor. Solamente aquello que está en una situación de asimetría. Haber adquirido una propiedad de las empresas que están adscritas a esa asociación; son 159. Lo primero que tienes que revisar es que hayas adquirido a alguna de esas 159 la propiedad, y entonces, sí puede reclamar ante este organismo.

Si adquiriste la propiedad a otra que no pertenece a este grupo, simplemente, no se te atiende y tu pedido es inadmisibile, porque la empresa no está dentro del rubro.

Lo que se pretende es solucionar el reclamo. Lo que no se quiere es... y no se admiten pedidos de indemnización, pedidos de sanciones, y no puede hacer un pedido paralelo ante Indecopi.

La voluntad aquí es solucionar el reclamo, es la intención de esta mediación de esta solución de conflictos.

¿Quién resuelve el reclamo? Decimos es el centro de la ICC y resolución de conflictos de la Católica. Se inicia un procedimiento de atención de reclamos, hay un acuerdo entre las partes, se comunican y habrá, pues, un acuerdo entre las partes. Si no hay acuerdo entre las partes, pasas a una etapa de mediación y un funcionario o una persona del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Católica es el mediador. Y si no hay suscripción de actas de esta mediación, pasa a la parte resolutive, que es la del defensor del cliente inmobiliario.

Ya vimos cuáles son los efectos de la resolución para las empresas que están inscritas a este sistema, las inmobiliarias deben cumplir lo que resuelva la resolución del defensor. En cambio, el consumidor tiene la potestad de que si no le alcanza la resolución del conflicto a su favor, puede recurrir a las instancias del Poder Judicial o administrativa de Indecopi.

Hemos tenido casos todavía pocos: 36 casos en total, de los cuales 8 han sido inadmisibles, y se puede decir que hay 14 que están en curso. Hay ya 4 culminados y 10 que están en curso. No es mucho y el que no sea mucho también es algo bueno porque quiere decir que no hay tantos reclamos. Pero no es tanto eso, es que recién estamos comenzando y recién esto se está divulgando como un mecanismo más y apropiado.

Bueno, estas son las ventajas, en realidad, una solución al conflicto en forma más rápida, en plazos más cortos, sin indemnizaciones, multas, ni costos, ni por honorarios profesionales.

OK, muchas gracias, quedo a su disposición. Gracias, doctor.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias, Hernando. Realmente ha sido una demostración de que se puede encontrar soluciones por la autorregulación y que se puede en este sector, muchas veces, sin posibilidades de ir dónde, porque Indecopi, como bien se ha señalado, los precios son tan largos, que mejor no ir. Te resulta más caro el tiempo que se pierde. En consecuencia, esta es una opción realmente importante. Yo creo que hoy día muchos de los usuarios aquí presentes estaremos haciendo cola en el centro, para esta primera instancia, y luego ya, si no fuera suficiente, ir, pues, a esta etapa de tu participación decisoria.

Me parece muy importante esta opción que nos demuestra que ojalá en otros de sectores también funcione, y donde, además, el centro siga adquiriendo experiencia en estos campos de especialización.

Muchísimas gracias, Hernando, por tu participación, y por tu forma tan clara y contundente de presentar el tema, sobre todo, las ventajas y beneficios que tiene para un sector tan importante como el inmobiliario y la construcción en nuestro país.

Vamos ahora a ver si hay un tiempo porque sé que tenemos los horarios un poco siempre corremos, y, sobre todo, me estarán viendo mal porque yo hago muchos comentarios; me nace del corazón hacerlo, y, en todo caso, si hubiera alguna pregunta, o alguna participación de los panelistas directamente por lo que hemos escuchado, siéntanse en libertad, tanto Octavio como también Mercedes o el propio Hernando.

Creo nos hemos ido más allá del tiempo, pero, por favor, si tienen algún comentario o hay alguna pregunta, estoy tratando de encontrar. Me dijeron que esas las podría encontrar en el chat. No sé si ahí están... no, acá no, sino deberían estar en preguntas y respuestas y solamente nos piden que se proyecte la última diapositiva, pero no es más que eso.

Entonces, no sé, nuestros coordinadores si tienen alguna pregunta para los... hay alguna otra fórmula en la cual hayan hecho alguna consulta o pregunta, o el tema ha sido absolutamente tratado,

y no es necesario tener este momento de preguntas abiertas; y, en todo caso, si no es así, yo dejaría en libertad un par de minutos a cada uno de los panelistas para que, si desean, o crean conveniente hacer un comentario adicional, siéntanse en libertad, tanto Octavo, como Mercedes y Orlando.

Sí, a ver, Octavio, adelante.

José Octavio Zuluaga: No, no, no, estaba escuchando, pero sí iba a mencionar que Perú fue uno de los primeros países que adoptó el texto sugerido por Uncitral para la mediación, para la conciliación. Y ahora tenemos la Convención de Singapur, que esperamos curse o entre en vigencia en nuestros países. Colombia ya la suscribió, pero falta el trámite interno de aprobación por el congreso para que entre en eficacia. Pero, nuestro ejercicio en la práctica de la conciliación y la mediación, en algunos países se diferencia, en otros es igual, en otros es equivalente. En fin, es muy eficaz.

Personalmente, trabajo hace 22 años en el tema en materia civil comercial y en asuntos de familia donde hay temas de negocios de por medio, como una discusión de herencias o una separación de bienes. Allí intervengo porque mi foco es el de los negocios, y cada vez veo con convicción que sí es eficaz, que se logran acuerdos, e, inclusive, cuando no hay acuerdos, fíjense, una figura que propongo para el análisis es el desacuerdo consciente. Y para eso hago la observación alguna vez en una audiencia, un abogado, un CEO de una compañía le dice a su abogado, al que lo tenía al lado, le dice: «Yo no creo que aquí ya vaya a haber acuerdo. ¿Para dónde vamos? ¿Qué más hacemos aquí? Terminemos esto». El abogado le dijo: «No, no, no, no. Espere, necesito tiempo porque estamos aclarando y obteniendo información».

Y, entonces, un buen ejercicio como neutral es, así no se llegue a un acuerdo porque, a veces, no se logra o conviene, inclusive, una decisión judicial por alguna razón consiste también en superar los temas objetivos, emocionales, e incluso, económicos para llegar a una situación objetiva de controversia que se necesita que el juez intervenga para que decida a partir de las pruebas y del derecho, pero todo lo demás lo administramos nosotros.

Y, entonces, la conciliación y la mediación son útiles y creo que, en el universo de los negocios, cada vez más. Y les voy a dar un *tip* de secreto o de interpretación de causas por las cuales, a veces, no prospera, y es, nosotros los abogados, tenemos una responsabilidad en saber cobrarle al cliente o cobrarle al cliente unos honorarios razonables, buenos, estimulantes hacia la construcción de un acuerdo comparado con el pleito.

Históricamente, la estructura de honorarios de una conciliación es sustancialmente más bajo, según la legislación colombiana de hace años era el 10 % de lo que costaba un pleito.

Entonces, hoy día la invitación es a que, por el contrario, resolverle al cliente en una forma ágil, incluso, menos costosa. La controversia, es decir, sin necesidad de un proceso de años, y de su costo, pues, debe ser bien remunerado.

Entonces, invito a los colegas a que cobremos muy bien los honorarios cuando actuemos de parte, para que haya un estímulo. Y he suspendido no menos de diez, no me alcanzan los dedos de la mano, he suspendido más veces audiencias para que renegocien honorarios porque es evidente que al abogado no le interesa o no le conviene el acuerdo. Y, entonces, en esas intervenciones irrespetuosas, que no es fácil hacerlo, la actitud del abogado ha cambiado cuando le conviene un resultado en la conciliación.

Entonces, sí tenemos mucho por trabajar y por hacer para promoverla en el ámbito de lo comercial y civil.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Gracias, Octavio.

Ya el tiempo nos está ganando. Hernando quería tener una pequeña participación.

Hernando Montoya Alberti: Muy pequeña, o sea, en primer lugar, hablé de los plazos y los tiempos dentro del programa y del cronograma, nosotros hemos previsto que en sesenta días es el plazo máximo para resolver el conflicto. Es un poco el acuerdo cooperativo. Y después lo que me quedaba, me queda todavía dando vueltas, es un poco en cuanto a la exposición de la doctora Mercedes sobre la ley.

Yo recuerdo que cuando sale, que cuando hay el Código de Procedimientos Civiles, y creo que Código Procesal también, se establecía la conciliación judicial previa...previa judicial ante el juez, y lo que se tenía en cuenta era que el problema era que, si tú ibas a una fase de negociación, le dabas tus cartas y después no llegabas a un arreglo, esas cartas podían ser motivadas como prueba por la parte contraria, y eso motiva que salga una ley especial y diga: «No, no, la conciliación debe ser extrajudicial y estos elementos no pueden ser, dentro del proceso, no pueden ser materia de prueba porque esa es la parte de la mediación.

Eso me parece perfecto, me parece muy bien, pero cuando yo estuve explicando mi caso, estaba pensando en la doctora Mercedes, y decía, «Bueno, en nuestro caso, el de la Defensoría del Cliente Inmobiliario, ¿qué pasa con esos documentos porque no tengo ley?

Si ustedes se dan cuenta, eso es un sistema autocompositivo, autorregulatorio, donde las partes llegarán a un acuerdo y ese acuerdo será, pues, algo así como un contrato, la firma de un contrato con las facultades habidas, pero si no llegan a un acuerdo y se han filtrado documentos, no tengo una ley que me diga: «eso no va a valer mañana».

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: OK.

Hernando Montoya Alberti: Esa es un poco la inquietud que me da, en todo caso.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Qué bueno. Nos quedamos on una inquietud Hernando, no sé.

Mercedes, algún comentario final, por favor. Si puedes prender tu... no te escuchamos. Ah, no puedes. Muchísimas gracias, más bien.

Bueno, muchísimas gracias a todos. Creo que nos quedamos con un reto inmediato, que es revisar nuestra Ley de Conciliación Extrajudicial, a ver si algún cambio se requiere, o, más bien, se trata de difundir, se trata de suscribir y ratificar y suscribir la Convención de Singapur.

Muchísimas gracias, yo creo que es un nuevo reto para el centro. Hace muchos años tratábamos sobre la junta de resolución de disputas, que es el tema inmediato, ahora vamos a hablar de la experiencia de la junta de resolución de disputas en el Perú.

Dios quiera que el próximo año, con la bonhomía de Marlene, tengamos un tema como este para hablar de las experiencias de mediación comercial en nuestro país.

Muchísimas gracias por esta oportunidad. Muchas gracias a ustedes por su tiempo, su capacidad de donación porque el que comparte, dona.

Muchísimas gracias.

Hernando Montoya Alberti: Gracias, César. Muchas gracias a todos, y un fuerte abrazo. Hasta luego, aplausos.

José Octavio Zuluaga: Y voy para aplaudir. Eso, a todas y a todos.

Myriam Torres: Muchas gracias, doctores. Doctores, advierto que hay dos preguntas que están pendientes para responder. Me parece que están dirigidas al doctor Hernando Montoya. ¿Debemos entender que las empresas que conforman la DCI son más serias?, sería la primera pregunta. Y la segunda pregunta sería: Para acudir al DCI, ¿es necesario que el contrato incluya una cláusula similar a una cláusula arbitral? Le doy la palabra, doctor.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Adelante, Hernando, tratando de ser lo más breve posible.

Hernando Montoya Alberti: No que sea más seria, simplemente, se han reunido un grupo de empresas que quieren solucionar sus problemas, y que esas empresas, el día de mañana, no lleguen a ser denunciadas ante el Indecopi. ¿Por qué? Porque es posible solucionarlo.

La segunda pregunta era, perdón, ¿cuál era la otra?

Myriam Torre: Se la leo: Para acudir al DCI, ¿es necesario que el contrato incluya una cláusula similar a una cláusula arbitral?

Hernando Montoya Alberti: No, no es necesario. Lo que sí es bueno es que en contratos se ponga que existe esa posibilidad para que, voluntariamente, puedan acudir, no es dos ligas.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Que, en nuestras experiencias, que no nos pase lo que nos suele pasar a los que estamos teniendo experiencia al construir: los acabados nunca acaban.

Hernando Montoya Alberti: Sí (risas).

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Muchísimas gracias, nuevamente. Felicidades, continuamos con la junta de resolución de disputas ahora.

Hernando Montoya Alberti: Hasta luego, muchas gracias.

César Guzmán-Barrón Sobrevilla: Hasta luego, adiós Mercedes, gracias.

Myriam Torre: Muchas gracias, doctores. Muchas gracias, doctor Guzmán-Barrón, a todos los ponentes que han participado en esta tercera mesa.

A continuación, vamos a proceder con la cuarta mesa que analizará el tema de «Los avances en la consolidación de la junta de resolución de disputas (JRD)».

En esta oportunidad tendremos como moderadora a la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, secretaria general de arbitraje de arbitraje, conciliación y *dispute boards* del CARC.

Como ponentes contaremos con la participación de la abogada Karina Ulloa Zegarra, administradora de junta de resolución de disputas; el ingeniero Carlos López Avilés, socio de LLV Consultores SAC y adjudicador; la ingeniera María Eliana Rivarola Rodríguez, adjudicadora, árbitra y perito; el doctor Jaime Gray Chicchón, socio fundador del Estudio NPG Abogados; y la doctora Carolina Lisette Abanto Vigo, abogada del Plan COPESCO Nacional.

En ese sentido, le damos el pase a la doctora Silvia Rodríguez, quien introducirá esta cuarta mesa, en su calidad de moderadora.

**MESA N.º 4: AVANCES EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE
DISPUTAS (JRD)**

Silvia Rodríguez Vázquez (moderadora)

Carlos López Avilés

Karina Ulloa Zegarra

María Eliana Rinarola Rodríguez

Carolina Lisette Abanto Vigo

Silvia Rodríguez Vásquez: Muchísimas gracias, Myriam. Muchas gracias a los panelistas, que, como bien dijo el doctor César, nos donan su tiempo y sus experiencias, que ahora los vamos a escuchar, en relación a lo que es la junta de resolución de disputas.

Nuestra institución está comprometida con el desarrollo de las JRD; y, por lo tanto, está muy interesada en que este mecanismo se consolide en nuestro país.

En el año 2016 llegó esta junta de resolución de disputas a nuestra legislación, sin embargo, tomó un tiempo para que esta sea obligatoria.

Lamentablemente, como todo en el Perú, tiene que ser obligatorio para que empiece a usarse. Ya sabemos lo que pasó con el tema de conciliación. Y, bueno, desde esta época en adelante, en realidad, nosotros, como centro administrador de juntas de resolución de disputas, ya tenemos poco más de 18 juntas que se están administrando, y ya estamos viendo que este camino que estamos haciendo al andar, tiene, pues, algunas espinas o de repente tiene muchas flores, y, definitivamente, queremos ver las espinas y las flores que tiene este camino que, definitivamente, deviene de los *dispute boards*, y que está, digamos, de alguna manera, trayendo un espacio nuevo, incluso, para la gente de afuera porque tiene otros factores, como, por ejemplo, la intervención de un centro, determinadas formas de trabajar, los efectos de las juntas o, mejor dicho, de las decisiones de las juntas, y esto hace que este mecanismo también, al igual que es el arbitraje en contratación pública, sea mirado con mucho interés. Nosotros como institución, como centro de administración de estas juntas, estamos muy interesados en que nuestras autoridades, los funcionarios, los usuarios, conozcan correctamente el mecanismo y lo usen bien.

Por eso está aquí Karina, que nos acompaña y es abogada, administradora, como ya dijeron, y va a tomar la palabra; también tenemos a los ingenieros, a Carlos y a Eliana, que son adjudicadores; al abogado Jaime Gray, que también es un adjudicador, incluso, con experiencia extranjera, y a Carolina, que es abogada, pero que trabaja en una institución y que ya hecho uso de este mecanismo y que estoy segura de que podrá brindarnos toda su experiencia sobre este tema.

Karina nos va a hablar de la experiencia de nosotros, del CARC en la gestión de la JRD, y para eso, me gustaría, Karina, que tú nos hables de esta historia de la JRD, de la primera que hemos tenido, que, no sé, es una historia de éxito, me gustaría que lo compartas y también que nos digas qué desafíos tienen los centros y hemos percibido nosotros para organizar una JRD, para organizarla y para gestionarla, Karina

Karina Ulloa Zegarra: Gracias, doctora, buenas noches. Buenas noches con todos.

Primero, gracias al centro del que formo parte, por la invitación. Gracias a la doctora Marlene y a la doctora Silvia por darme el espacio y estar aquí para compartir con ustedes, justamente, esto referido a la gestión y la administración de las juntas de resolución de disputas.

Para mí es particularmente interesante que el espacio que se me haya brindado sea para justamente comentar sobre juntas porque, la verdad, desde el inicio me ha parecido un mecanismo sumamente eficiente y sobre el cual se puede, de hecho, sacar mucho provecho si es que las partes lo saben usar de manera adecuada, sin más, como dijo la doctora Silvia, yo voy a iniciar comentando con ustedes, compartiendo un poco la experiencia de lo que hemos vivido ya, alrededor de tres años, más o menos, tramitando esta primera junta de resolución de disputas, y para eso, primero quiero alcanzarles algunos datos importantes, básicos, sobre esta junta.

Primero, tengo que decir necesariamente... seguramente ya lo han escuchado varios también antes, esta junta fue la primera junta en el Perú, no solo en el centro, sino también en el Perú, que se

inició bajo la normativa de contrataciones con el Estado. Ya la Ley n.º 30225 incluía este mecanismo y fue este el primer procedimiento que se inició y que, afortunadamente, se inició en nuestro centro.

Ya he comentado también el ámbito de aplicación de este contrato que da origen a la junta, es la 30225, la Ley de Contrataciones con el Estado, y el año en que se firmó este contrato y se inició la obra, fue el año 2017. Ese año en enero se inició la ejecución de la obra, ya con un contrato firmado.

La zona, la región en donde se viene ejecutando la obra es en Bagua, en Amazonas, y, bueno, en el centro le asignamos un número de expediente que es el 2292.

Finalmente, un dato importante a compartir con ustedes es el 8 de junio del 2018 es una fecha importante porque es la fecha en que se inicia el trámite propiamente dicho, las funciones de la junta, ya que ese día se firma el contrato tripartito y el acta de inicio de funciones.

Y digo que ese dato es importante porque parto de él y de los datos que les he alcanzado para dar inicio o tratar de dar respuesta a la primera pregunta formulada por la doctora Silvia.

La verdad es que a la primera lectura de la pregunta quisiera decir sin pensarlo que sí es una historia de éxito la administración de la junta, pero quiero tratar de ser objetiva para darles una respuesta como deber ser, entonces, primero quiero alcanzarles y contarlos algunos datos interesantes para luego ver, tal vez juntos llegar a la conclusión de si, efectivamente, resulta siendo una historia de éxito.

Lo primero que les quiero mostrar, y, bueno, les estoy mostrando en pantalla, es justamente esta diferencia o este contraste entre el arbitraje y la junta, y este es un dato real que pertenece a nuestra junta en trámite, de la que estamos comentando, y es que, como les comenté hace un momento, el año 2017 inició la ejecución de la obra. Sin embargo, no inició en esa misma fecha las funciones de la junta de resolución de disputas. Por tanto, al no existir una junta en funcionamiento, pues, al surgir la primera controversia en la ejecución de obra, las partes se vieron en la necesidad de acudir a un arbitraje. Ese arbitraje fue por una ampliación de plazo, y la duración del trámite de ese arbitraje, desde la solicitud hasta el laudo fue dos años y cuatro meses.

Por otro lado, vemos que ya en el trámite de la junta desde junio del 2018 que se inician las funciones, se han presentado, hasta el momento, 16 controversias que ya han sido resueltas, 7 de ellas referidas a ampliaciones de plazo y otras más referidas a valorizaciones, costos directos, gastos generales, seguros, entre otros temas.

Entonces, considero muy importante hacer esta mención y mostrarles también de manera clara la diferencia que toma en tiempo gestionar o resolver una controversia a través de un arbitraje versus lo que podría tomar resolverlas a través de la junta de resolución de disputas.

Sin duda, hay una diferencia muy grande, y yo me atrevería a decir que, bueno, siendo que también administro, tengo experiencia administrando arbitrajes, y me atrevería a decir que, incluso, en el arbitraje más célere posible, no podría resolverse una controversia en un promedio de dos meses, como sí pasa en una junta.

Entonces, esto me lleva a darles la primera conclusión que yo puedo advertir sobre el mecanismo, y es, precisamente, que la junta ha permitido resolver esas controversias con celeridad, y, sobre todo, además, de manera célere, ha permitido que se resuelvan durante la ejecución de la obra. En ningún momento, para resolver alguna de esas controversias se dispuso suspender la ejecución, o las partes tuvieron que dejar de hacer algo referido a la ejecución de obra. Por el contrario, los adjudicadores estuvieron ahí siempre, y eso permitió que se pueda resolver la controversia de manera rápida y eficiente.

El segundo aspecto que quisiera comentar, también referido con las controversias resueltas, es que de estas 16 controversias que les he mencionado, 9 de ellas fueron resueltas y las partes no hicieron reserva alguna al arbitraje, mientras que con 7 sí hicieron una reserva de arbitraje.

¿Esto qué significa? Que tal como están las cosas hoy, probablemente, al final de la ejecución de la obra, habrá un arbitraje en el cual ya no se van a ver las 16 controversias que han sido presentadas en la junta, sino únicamente estas 7, sobre las cuales las partes se han reservado acudir al arbitraje.

Sin duda, me parece que eso también es importante porque nos muestras cómo es que ya las partes en el devenir del tiempo y en el transcurso de la ejecución de la obra, se dan cuenta de que hay algunas cosas que están, por así decirlo, resueltas totalmente con la decisión de una junta, mientras que hay otras que tal vez todavía valga la pena llevar a un arbitraje.

El hecho de llevar, bueno, esto a arbitraje, las controversias a arbitraje que perduren en el tiempo, pues, obviamente, va a hacer que los arbitrajes sean más eficientes y que sea vea en ellos lo que realmente merece verse.

Y, por último, la tercera conclusión para responder esta primera pregunta, es lo referido a otra de las funciones de la junta, porque, hasta el momento, he comentado la función resolutoria o rescisoria que tiene una junta, que está contenida en emitir decisiones, resolver controversias, pero hay una función muy importante, creo yo, la más importante que tiene la junta, que es esta función preventiva, que abarca este tema de que se le puede hacer consultas a la junta, que ellos puedan dar opinión en el transcurso de obra sobre algunos temas técnicos, y esta función preventiva, pues, está, básicamente, puesta en los hechos a través de las visitas o inspecciones a obra.

Como ven ustedes en pantalla, pues, en esta obra particular, es una obra bastante grande que tiene varios tramos; y, por tanto, pues, hay muchísimo que ver, y los adjudicadores desde el inicio han realizado visitas periódicas. Usualmente, cada mes, pero podría haber sido de otra periodicidad.

Es importante ver cómo es que pueden suceder cada vez que hay una visita a obra, pues, eventos distintos, circunstancias que puedan afectar a la obra, que, justamente, ahí las partes comparten con los adjudicadores; muestran qué es lo que ha pasado, qué es lo que puede pasar, qué soluciones o medidas preventivas pueden tomar.

En las fotografías que ven en la parte superior, por ejemplo, fue cuando hubo muchas lluvias y crecidas de ríos, huaicos, deslizamientos, entonces, hubo afectación a la obra, y en la parte de abajo, pues, está la secuencia de una forma de cómo se iba ejecutando un túnel, que es parte de esta obra también.

Entonces, para condensar, digamos, simplemente, lo de la primera pregunta, yo diría que, en base a estos ejemplos y a estas experiencias que comparto con ustedes, creo, de verdad, que sí representa una historia de éxito que la gestión de la junta, tomando como ejemplo, como base, esta primera JRD que se viene tramitando en el centro.

Respecto de la segunda pregunta, los desafíos que hemos tenido que enfrentar en la gestión de las juntas, creo que el primero, y, bueno, van a ver ustedes en la fotografía, ahí se ven unas botas metidas en el barro. Definitivamente, para nosotros que vemos arbitraje, es un cambio drástico de 180 grados el entrar a ver un mecanismo tan distinto como las juntas, donde, obviamente, tenemos que también estar con los adjudicadores ahí metidos muchas veces en el campo, y la forma de trabajo distintas, y eso implica un desafío grande en temas, pues, logísticos, administrativos y demás de gestión para el centro.

Y, obviamente, nos ha servido como oportunidad de crecimiento para, bueno, no solamente ofrecer este servicio, sino irlo mejorándolo en el tiempo.

Un tema que, necesariamente, tendré que mencionar que fue un desafío, creo yo, el más grande, fue el desconocimiento del mecanismo por las partes, sobre todo.

Llegamos nosotros al trámite de la primera junta y las partes, simplemente, no sabían o no entendían de qué trataba, quién era la junta, por qué tenía que estar, en fin.

Tuvimos la suerte, tengo la suerte de que en esta primera junta tengo a tres ingenieros de muchísima trayectoria y con mucha experiencia; y, obviamente, pues, ellos han logrado, con el devenir del tiempo, un poco educar, por así decirlo, a las partes y enseñarles de qué va la junta, para qué sirve y lo beneficioso el mecanismo.

También debo mencionar, por favor, que nosotros, como centro, igual no teníamos una experiencia práctica en junta, pero sí teníamos todo el *back-up* teórico y todo el *know-how* que nos dejaba el doctor César Guzmán-Barrón, nuestro director fundador, y que, obviamente, él vino a hacer una gestión en el centro desde antes de la emisión de la ley y demás, entonces, ya nosotros como institución sí teníamos el conocimiento y teníamos un reglamento, incluso, en ese momento, que ya, obviamente, está mejorado y actualizado, de acuerdo a las prácticas que hemos venido adquiriendo.

Por último, ya para ir terminando, otros desafíos que hemos podido advertir en el trámite de la gestión de las juntas, es el referido a la etapa inicial del trámite, como, bueno, va de la mano con el desconocimiento de las partes y el hecho de que había mucha incertidumbre de qué hacer, quién designaba, qué adjudicador, por qué, y, en fin. Y lo mismo pasaba con la firma del contrato tripartito, que es el documento, digamos, que da el primer paso o el inicio al funcionamiento de las juntas.

Por último, el desafío, bueno, que todos hemos tenido, no solamente las juntas, no solamente ese mecanismo, sino en la vida de todos se ha tenido es pasar a la virtualidad, y en las juntas esto no ha sido una excepción. Igual en el arbitraje y en otros mecanismos, pues, hemos tenido que llevar muchas veces reuniones, visitas y demás de manera virtual, y yo creo que se ha sabido aprovechar adecuadamente las herramientas virtuales que se tienen, y ha demostrado esto que la junta no solamente tiene que ser o se puede desarrollar de manera física o presencial, sino también es un mecanismo muy adaptable que se pueda llevar de manera remota o intercalar ambas formas.

Esos son algunos de los desafíos que hemos visto o hemos detectado en el trámite de la gestión de las juntas, pero ya no quería, en verdad, dejar de mencionar esto último, a manera de conclusión, tal vez como unos comentarios o recomendaciones, si pueda decirse.

Creo que, en verdad, los desafíos en cada junta siempre van a estar, igual que las oportunidades para mejorar, tanto este mecanismo como cualquier otro, pero creo, de verdad, mucho más que en otros mecanismos como el arbitraje, que en las juntas tiene que haber necesariamente un engranaje, una colaboración entre las partes y la junta, y, bueno, el centro también tiene que ser apoyo para eso.

Yo creo que aquí es muy importante, primero, entender que la junta es una junta. No es un arbitraje, no es una conciliación, no es algo parecido al arbitraje que yo quiero hacer, no.

Entonces, ahí sí quisiera, de repente, en mi poca experiencia, tratar de hacer un llamado, sobre todo a las partes, y que entiendan eso, porque creo que es el punto de partida, entender la diferencia del mecanismo, y eso va a hacer que lo aprovechen mejor porque, finalmente, para eso existe, para que puedan las partes sacar provecho.

Finalmente, también creo importante la capacitación en esa misma línea, tanto de las partes como de algunos adjudicadores, sobre todo de los profesionales que todavía no tienen experiencia en el mecanismo y también creo que es sumamente indispensable por las juntas que he estado tramitando, y seguramente los adjudicadores presentes no me dejarán mentir, las habilidades blandas, el trato entre los adjudicadores, cómo llegan a las partes, cómo logran que las partes colaboren más, en fin. Es una

cosa que, de verdad, creo que determina muchísimo el éxito o no de una junta y quisiera yo dejarlos con ese mensaje.

Termino así agradeciendo por la oportunidad, y, bueno, si hubiera preguntas después, quedando a su disposición.

Gracias.

Silvia Rodríguez Vásquez: Bastante clara la exposición. Tú nos acompañas desde hace tiempo, y, efectivamente, ha sido la primera junta que hemos tenido, y sí, la sentimos como una historia de éxito y me quedo también con algunas palabras que tú has dicho, siempre tenemos oportunidades para mejorar, pero siempre de la mano entre todos los intervinientes. Tiene que haber un espíritu de colaboración y, definitivamente, ¿se puede mejorar el mecanismo? Yo creo que sí, estamos justamente en el camino para poder aprender de las experiencias que están sucediendo, y creo que la segunda exposición que tiene Carlos con nosotros, que es adjudicador, el ingeniero Carlos López, bastante conocido para nosotros, tiene que ver con, precisamente, la normatividad. Él, con la experiencia que tiene, con tantas juntas que ya está conformando, incluso, antes, de repente, viendo temas de *dispute boards*, ¿cuáles son los temas, Carlos, que consideras necesario revisar en la normatividad pública para potencial el funcionamiento de las JRD, no solamente hablando de contrataciones, sino también, de repente, en otros aspectos normativos?

Y como segundo tema, de repente, también para concretar la pregunta y la opinión que tengas, es qué pasa, qué sucede, y ya escuchamos muchas veces que, si la junta está conformada con ingenieros, ¿cómo deben abordar los aspectos legales? ¿Cómo hacen ustedes, de repente, de las experiencias que tú tienes, ¿cómo hacen los ingenieros para abordar estos aspectos legales? Y creo que aquí, cuando nos hablaste del tema de estas preguntas, hablabas un poco lo legal y lo técnico o lo legal versus lo técnicos. O sea, yo creo que la idea sería que es junto, las dos cosas. Me gustaría que nos puedas explicar eso, me parece bastante interesante la exposición que vas a dar ahora.

Carlos López Avilés: Gracias, Silvia, muchas gracias también al centro, no solo por la oportunidad de dirigirme a ustedes, sino también de haber podido participar y estar participando en la junta de resolución de disputas que el centro está administrando.

Muy bien, lo que yo quería plantear en torno a estas dos preguntas que han planteado para esta mesa, y, sobre todo, para mi participación, es el marco legal que está acompañando a estas juntas, y yo lo que diría en ese sentido es que la junta es un mecanismo y lo comparo como si fuera una herramienta. Se nos ha dado una herramienta novedosa importante, útil, pero veo que no tenemos todo lo necesario para poder actuar con eficiencia y con éxito. Es como que me hubieran dado una herramienta eléctrica, y voy a un sitio y no hay electricidad, o la electricidad que hay sea de 110 cuando yo necesito 220.

Para mí ese es el concepto del marco legal que tiene que ir acompañando a la junta.

Las juntas han desarrollado de manera detallada, diría yo, sus procedimientos, hay directivas, hay reglas en la ley, en el reglamento, pero el resto de la normatividad, y no solamente la normatividad de contrataciones, sino de la normatividad en general, del Estado, no está de la mano, no ha seguido o no sigue adecuadamente el funcionamiento de la junta y eso, a veces, genera trabas.

¿A qué me refiero? Me refiero, por ejemplo, a las normas presupuestales. En casi todas las juntas, en casi todas las entidades tienen dificultades para establecer el inicio de una junta por temas presupuestales. No previeron en el presupuesto las partidas necesarias. No previeron en los valores referenciales de las obras, el costo que la junta tienen para el contratista, por ejemplo, muchos no tienen claro cuál es el mecanismo que tienen que seguir, no tanto para seleccionar porque para seleccionar lo hacen con cierta facilidad a los adjudicadores, sino los procesos administrativos que tienen que seguir para su contratación.

Yo he estado en algunas juntas donde, por ejemplo, tuve la sorpresa que un día me llega un correo electrónico de una empresa que da cartas fianza de fiel cumplimiento para los que ganan un proceso de selección y que me ofrecía uno porque en el Seace que me habían dado la buena pro en un proceso de selección, el cual no había participado, para nombrarme miembro de una junta. Entonces, alguien había entendido que tenía que hacerlo de esa manera, lo cual, evidentemente, no es así.

Y luego durante ya el proceso mismo de la logística, nos encontramos con dificultades para que tramiten el pago para los viáticos, para la rendición, para la logística, para tener la movilidad, para la compra de los pasajes, etc.

Entonces, hay toda una serie de temas administrativos presupuestales que generan algunas dificultades. Independientemente de esto y tal vez más importante, es que hay muchas normas dentro de la ley de contrataciones que no van exactamente de la mano con lo que se esperaría facilitase el funcionamiento de las juntas. Sin ir muy lejos, ¿por qué los adicionales no pueden ser vistos por las juntas? Deberían ser vistos por las juntas, no veo una razón válida para que no sea así, pero, sin embargo, no puede ser.

Y así nos podemos ir encontrando con varias trabas en el camino, por ejemplo, las discrepancias en valorizaciones que no llegan a 5 % del monto del contrato no pueden ser vistos por las juntas porque el reglamento dice que se tienen que ir a la liquidación. Y así hay cosas que vamos encontrando en el camino que nos van causando estas dificultades, no tanto dificultad en el funcionamiento de la junta, sino que no permite sacarle provecho.

Otro tema desde el punto de vista administrativo y normativo es que, por ejemplo, el pago de los honorarios yo he insistido varias veces que debería de desdoblarse en uno de gestión más uno por actuaciones porque, de esa manera, entre otras cosas se va a potenciar la posibilidad de la función consultiva.

En este momento, las partes se van casi siempre a la función decisoria, simplemente, porque dicen, bueno, pues, si ya estamos pagando la junta, para qué le vamos a preguntar opinión, mejor que decida, y se pierde una gran oportunidad de gestión del contrato.

Ahora, respecto a la segunda cuestión, lo legal o lo técnico, o lo técnico y lo legal, o lo legal versus lo técnico, yo tengo una percepción. Para mí la junta, y de repente, algunos abogados y, de repente, muchos no van a estar absolutamente de acuerdo conmigo, pero les quiero dar cuál es mi percepción.

Yo digo que la junta es un mecanismo de gestión contractual, no es tanto un mecanismo de administración de justicia, digo, de repente, ya no todos están de acuerdo conmigo, pero quiero ponerlo desde el punto de vista, si quieren, hasta filosófico: es un mecanismo de gestión contractual.

¿Qué pasa cuando hay aspectos legales que tienen que verse y la junta solamente está integrada por ingenieros?

Primero que nada, tenemos que ser conscientes de algo: durante la gestión de la obra, los que intervienen son ingenieros, el residente, el supervisor, el administrador de contrato, y ellos administran y aplican la normatividad, y nadie hace un problema por eso.

Y casi siempre, la problemática de las obras tiene un origen técnico, y es la solución la que, entonces, también tiene que basarse en este origen técnico.

Y yo quiero poner un ejemplo acá, guardando ciertas distancias, pero pongamos el siguiente ejemplo: para mí la junta podríamos equipararla a un paramédico que va a atender a un herido que ha sido víctima de un accidente de tránsito. El paramédico llega en su ambulancia y tiene que hacer lo que sea necesario para estabilizarlo, evitar daños mayores y llevarlo al hospital, y a nadie se le va a

ocurrir en ese momento decirle al paramédico: «Oiga, un momentito, hay que tomarle una radiografía, y sin una tomografía, usted no me lo toca. Y, además, necesitamos determinados cuidados».

No, el paramédico, lo que tiene que hacer es salvarlo; tiene que salvarlo, y yo digo, un poco, exagerando y si quieren, haciendo una caricatura, coser con pabilo, lo coserá, pues, con pabilo; y si tienes que amarrarle un palo para que no se le quiebre la pierna, tendrá que hacerlo. Ya la operación, la radiografía, la ecografía, el electrocardiograma, se lo harán en el hospital. La junta tiene como fin último y principal, la obra, el logro del contrato de la obra, y que esta se pueda hacer de la mejor manera posible.

Si después vamos a discutir temas de justicia, de derecho, etc., bueno, se discutirá después. Y, repito, eso se discutirá después, pero, mientras tanto, lo que tenemos que hacer como junta es lograr que el contrato se haga correctamente. Por supuesto, no estoy diciendo olvidémonos de la ley, no estoy diciendo. Lo que estoy diciendo es qué cosa debemos privilegiar sobre qué, y no lo digo, simplemente, porque yo quisiera desconocer los principios legales, sino porque en la misma Ley de Contrataciones existen, a mi juicio, por lo menos, dos disposiciones que me permiten afirmar, un tanto exageradamente si quieren, pero solamente con fines de generar una discusión de este asunto.

Primero, es el principio de eficiencia y eficacia que está consagrado en la ley entre los principios, donde dice que en la gestión del contrato lo que hay que privilegiar es el cumplimiento del fin público de la obra, incluso, sobre procedimientos no indispensables.

Entonces, entre un procedimiento que pudiese, digamos, no sé si la palabra sea correcta, pero, digámoslo, dispensarse para que el fin público se cumpla, yo creo que la junta lo puede hacer, y no estar, simplemente, ciñéndose a que: «Ah, no, acá dice tal cosa. Así que yo cumplo lo que acá dice, aunque la obra no se haga». No eso, definitivamente, no.

Y el otro es que están permitidas las modificaciones al contrato, siempre que se cumplan con determinados principios también.

Entonces, si está permitido que el contrato se pueda modificar, por orden de la entidad o solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato, de manera oportuna y eficiente, entonces, yo creo que la junta puede colaborar en este sentido. Repito, no tiene que alejarse de la ley, pero no creo que sea tanto una camisa de fuerza, si al frente tenemos la posibilidad de cumplir con el contrato.

Y, por último, si estamos integrando una junta solo por ingenieros, y hay un tema legal, intrínsecamente legal que resolver, bueno, pues, podemos asumir el uso de peritos o informes de expertos. Cuando en un arbitraje los árbitros son abogados y necesitan resolver un tema técnico, pues, acuden a un perito técnico.

De la misma forma, si la junta está integrada por ingenieros, y tienen un problema legal, pues, acudirán a un perito legal y se podrá superar la situación. Repito, tal vez el ejemplo que pongo sea un poco exagerado o un poco, digamos, retador, pero lo hago para señalar cuál es la diferencia fundamental que yo encuentro y coincido con lo que dijo Karina, entre lo que es el arbitraje y lo que es la junta. Las finalidades de cada una de ellas son diferentes. Por lo tanto, los procedimientos son diferentes y las actuaciones tienen que ser diferentes.

Bien, eso es lo que quería mencionar en esta intervención, y les agradezco por su atención.

Silvia Rodríguez Vásquez: Gracias, ingeniero, gracias, Carlos.

Bueno, sé que hay preguntas. Las vamos a hacer al final. Ya veo preguntas ahí que están dirigidas a Carlos.

Bueno, me ha quedado bastante claro el tema de que lo que se necesita es alcanzar la finalidad del contrato. Lo que se necesita es la obra. La obra hecha porque tiene un fin público, especialmente, en los temas de contratación pública, lo que se quiere es que esa obra sea usada por la población, que vaya hacia la población. El fin último es que sea beneficiada la sociedad.

Y me he quedado reflexionando sobre, precisamente, lo que mencionabas, este tema de que hay que alcanzar esa finalidad, no se debe alejar de la ley, este equilibrio que debe haber.

Y, de hecho, ahí hay unas formalidades, de repente, que tienen que seguir las juntas, y la función que tiene también está regulada por la directiva, por el reglamento. Y ya en este tiempo hemos entendido que hay algunas cosas que funcionan y otras no, como justamente Karina y tú mismo Carlos lo estás señalando.

Y ahora le quiero dar el uso de la palabra a Eliana que, justamente, nos va a hablar de eso, de los problemas que ha podido encontrar. Ella también es adjudicadora de la primera junta, debes estar también bastante orgullosa de eso, sé que integras también otras juntas, ¿qué problemas has podido encontrar en las JRD, referidas a las formalidades que tiene o a la funcionalidad de estas? Y, de repente, ver de qué se está perdiendo. Ya algo nos adelantó Carlos sobre qué se está perdiendo, qué ventajas se están perdiendo, justamente, porque están esos problemas.

Te escuchamos Eliana.

María Eliana Rivarola: Disculpen, disculpen. Buenas noches con todos. En primer lugar, quiero agradecer al Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la PUCP, en especial, a la doctora Marlene Anchante por tan cordial invitación.

Con respecto a las preguntas que me has realizado, Silvia, debo de comentarte que, a pesar de que nuestra ley aplicó en el año 2016 como un mecanismo de solución de controversias a la junta de resolución de disputas, solo fue en el año 2018, como dijo Karina, en junio del 2018 que una entidad decidió incorporar a su contrato la junta de resolución de disputas. De eso hace más de tres años porque hemos venido acompañando esta obra. Es cierto, también, como dijo Karina, al principio, ha sido un aprendizaje de las partes.

Y, tal vez, yo voy a mencionar algunos aspectos legales porque es muy importante que las partes tomen el debido conocimiento de las funciones y formalidades de las actuaciones de la JRD. Se han presentado varios casos y ya los iré compartiendo con ustedes.

Como les comentaba en esta primera junta que conformé, a Dios gracias, con el ingeniero Carlos López, con una gran experiencia, con el ingeniero Fernando Elías, y, por supuesto, con la doctora Karina Ulloa, pienso que todos aprendimos. Aprendimos la directiva, la forma en dirigir la JRD. Tu- vimos un acercamiento muy bueno con la entidad y con el contratista porque había una muy buena disposición de las partes, había disposición, había confianza, algo que, desgraciadamente, en mis últimas juntas no he podido apreciar eso. No hay disposición y tampoco hay confianza.

Sin estos dos puntos es imposible avanzar. La junta de resolución de disputas no puede llegar a las partes. Carlitos mencionó algunos aspectos legales que, tal vez, sea conveniente incorporarlos, un punto para mí muy importante es, por ejemplo, que los miembros de la JRD puedan tener reuniones con una de las partes, por supuesto, con la autorización de la otra parte es necesario reunirnos para poder dialogar, para poder compartir cuáles son los problemas, y así avanzar. Nuestra ley, nuestra normativa no lo autoriza. Entonces, no podemos avanzar en ese tema.

Como se los he dicho, el artículo 45 de la ley incorpora la junta de resolución de disputas, así como el artículo 243, donde claramente se encuentran las funciones de la junta de resolución de disputas.

Yo pienso, considero que es muy importante, sobre todo, las entidades, los administradores de contrato, que tomen el debido conocimiento de esta función.Cuál es la obligación porque nosotros tenemos una obligación, y es asesorar, podríamos decir, convenientemente a las partes, ayudarlos en sus conflictos; y, finalmente, si no hay un acuerdo entre las partes, tomar la decisión, dentro de la normativa, para que así se pueda implementar en la obra, y no se llegue a paralizaciones, suspensiones, hasta que se resuelvan los arbitrajes.

Como bien lo dijo la doctora Silvia, la finalidad es la culminación de la obra. Posteriormente, se podrá llegar a un arbitraje.

En muchas ocasiones, las entidades deciden irse a un arbitraje, pero esto no significa que dejen de acatar las decisiones de la JRD. Ese es un problema que lo he venido observando en algunas obras. Y otro problema es también que no saben materializar las decisiones.

Es cierto, la decisión de la JRD viene a ser como un pequeño laudo de obligatorio cumplimiento, pero, por ejemplo, la primera entidad que implementó la JRD sabe materializar adecuadamente estas decisiones, mediante un resolutivo que indica claramente que se procede, en un caso, a formalizar la ampliación de plazo, en un caso, otorgada por los miembros de la JRD y reconocer los gastos generales.

He observado, por ejemplo, en un caso que, a pesar de que se emitió una decisión, otorgando una ampliación de plazo, la entidad decidió llevarla a arbitraje. ¿Y qué sucedió? Nos vino una consulta, por supuesto, del contratista. ¿En qué momento se pagan los gastos generales de esa ampliación? Porque la entidad, como había remitido la carta, indicando: «Me reservo el derecho a ir a un arbitraje, consideraba que no la iba a implementar en la obra, ni tampoco iba a pagar los gastos generales».

Entonces, se tuvo que aclarar que, a través de una consulta, la decisión debe ser de inmediato cumplimiento; y, por lo tanto, los gastos generales deben de pagarse en esa oportunidad.

Con respecto a la función consultiva, también hemos observado que una de las partes, mayormente, los contratistas son los que desean realizar consultas, pero hay entidades, por desconocimiento o porque no les conviene, no la presentan.

Es así que los contratistas se animan y envían la consulta donde la JRD tiene que remitirla, definitivamente, remitirla a la entidad para que emita su pronunciamiento, respecto a si está de acuerdo o no a que se resuelva esa consulta.

Este es un punto que debería de mejorarse a esa normativa vigente porque es una consulta y, a veces, como la entidad no responde, se queda en el limbo y luego ya se va definitivamente a la decisión. Ustedes saben muy bien que una consulta no demora cinco días y se puede avanzar. Una decisión, lo sabemos, demora dos meses. Si bien son cortos plazos, pero con consultas se podría ir avanzando.

También que, a veces, no son muy precisos en las consultas, pero ese caso, son menores.

Hay conclusión, a veces, de consultas con una reclamación. Es necesario, a veces, en las reuniones de visita, aclarar a las partes cómo es que deben de presentar la consulta y qué correspondería realmente a una consulta.

Otro tema también importante es que las supervisiones consideran que pueden observar las decisiones de la JRD. Ya me ha pasado en varios casos que, una vez emitida la decisión, la entidad nos indica que se reserva el derecho de ir a un arbitraje, pero, además, nos adjunta el informe del supervisor cuestionando las decisiones de la JRD. Es más, hace poco, la primera visita que tuve a una obra, el supervisor, en su presentación, en vez de hacernos una presentación sobre el avance de obra o los problemas que pudieran suscitarse en obra, nos hizo una presentación sobre las funciones y los temas que la JRD podía tocar. Todo esto hace que la JRD no pueda actuar tranquilamente, pueda asesorarlos

convenientemente porque están a la defensiva. Se ve desconfianza entre las partes. Eso es un punto muy importante.

Hay entidades, como les comentaba hace un momento, que consideran que al indicar que la controversia la llevarán a arbitraje, deciden no acatar la decisión o consideran que el pago de algún monto aprobado, lo puedan realizar en la liquidación. Esto ya lo comenté.

Este es el otro punto que les comentaba que no materializan, a veces, las decisiones y, muchas veces, se quedan en el limbo, sobre todo, cuando hay una decisión que no conviene, la entidad, como que deja de lado y no toma la decisión, no la materializa. Y, bueno, a veces, el contratista, por no tener mayor controversia con la entidad, la deja ahí.

Como ustedes bien saben, se prioriza la ejecución de la obra cuando se tiene decisiones de la JRD. Se resuelve controversias mediante la ejecución del contrato; es decir, mientras se sigue ejecutando la obra, la JRD va emitiendo decisiones que permiten la continuación de la obra. Se puede prever el costo de una controversia que, por supuesto, va a ser mucho menor a llevar la controversia a un arbitraje.

Las actuaciones de la JRD se adecúan a cada obra, de acuerdo a sus necesidades técnicas. Los adjudicadores, definitivamente, son imparciales.

Otro punto que voy a aprovechar para tocar, ya que el doctor Octavio mencionó sobre la virtualidad. Esta virtualidad ha ayudado bastante a las juntas de resolución de disputas porque, como dice la normativa, tiene uno que tener visitas periódicas. A veces, las obras están bastante lejos. Por esta pandemia no se ha podido ir a las zonas y todos se ha llevado a la virtualidad.

La virtualidad ha sido un mecanismo muy favorable para nosotros e, incluso, hoy en día, a pesar de que se podría visitar la obra, hay punto, a veces, inaccesibles de la obra, pero con una visita desde un dron, podemos alcanzar a ver toda la obra, a pesar de que hay obras, por ejemplo, de saneamiento que son tramos bastante largos, por ejemplo, en la obra de Amojao, la primera obra que tiene JRD, visitar todos los puntos nos tomaría de tres a cuatro días.

Sin embargo, mediante una visita virtual con un dron, podemos recorrer toda la obra, permitiéndonos tomar el debido conocimiento de cómo se ejecuta la obra, de los problemas que existen en obra, y poder tomar las mejores decisiones. Además, que las partes nos presentan un primer informe de seguimiento, y por supuesto que esto nos permite seguir el desarrollo de la obra.

Ha sido un factor muy importante, a pesar de la gran pandemia que estamos pasando nos ha favorecido notablemente.

Ahora, tal vez, las visitas presenciales ya no son mensuales, pero son bimensuales o dependiendo de cómo se presenten los problemas y las necesidades de la presencia en obra de la JRD.

Bueno, como precisiones finales tengo que decir que la JRD ayuda al normal desarrollo de la ejecución de la obra hasta su culminación.

Este es otro punto importante. No significa que la JRD debe de intervenir como gerente de proyecto, analizando todo el expediente y determinando los conflictos que puedan darse por una mala calidad del expediente técnico. Lo menciono esto porque en una obra, precisamente, se presentó ese problema y nos dijeron que nosotros estábamos ahí para resolver los problemas porque no habíamos advertido los errores que tenía el expediente técnico.

Esto nos da una visión de la falta de conocimiento de las partes sobre la actuación de la JRD. Es muy importante, algo se tiene que hacer para que los administradores, las entidades, las partes tomen el debido conocimiento de las funciones de la JRD, sobre todo en provincias, a pesar de que

ya nos encontramos en el mes de septiembre del 2021, y que es obligatoria la JRD en contratos mayores a 20 millones, en muchos casos, sobre todo en provincias, obras de gobiernos regionales y obras de municipalidades no la acogen en sus contratos o esperan a último momento, cuando ya la obra está casi muerta para poder llamarnos a poder actuar como un doctor de emergencia.

Y ese no ha sido el temperamento de la norma, pero, sin embargo, como la ley no es precisa, no hay un artículo que determine que hay alguna penalidad para estas penalidades que no pongan en sus contratos la JRD. Yo creo que todavía tenemos bastante tiempo que esperar que en todas las obras se aplique la JRD.

Eso es lo que quería comentarles y muchas gracias por escucharme.

Silvia Rodríguez Vásquez: Gracias, Eliana. Muchísimas gracias por tu intervención. Efectivamente, hay muchos temas pendientes, y, justamente, de eso va a tratar el siguiente panelista que es Jaime.

Muchísimas gracias, Jaime, por esperar. Jaime ha estado desde el inicio del día de hoy, y Jaime nos va a hablar, justamente, de las tareas pendientes para lograr que las JRD se consoliden en nuestro país. Algo ya hemos hablado, pero me imagino que Jaime, con la experiencia que tiene en el extranjero, en el Perú sobre este tema, nos va a ilustrar muchísimo más, y me gustaría también que haga referencia a qué le toca hacer a los profesionales para convertirse en adjudicadores eficientes.

Tenemos, digamos, de alguna manera, que estudiar, tenemos que practicar, qué tenemos que hacer. Definitivamente, yo creo que lo primero que se tiene que hacer es cambio de mentalidad, esto yo voy adelantando, pero me gustaría escucharte Jaime qué piensas tú.

Jaime Gray Chicchón: Buenas noches. Muchas gracias, Silvia y voy a tocar tres temas: agradecimiento, las tareas pendientes y voy a responder tus preguntas respecto a lo que toca con respecto a los profesionales y a la norma, incluso, de acuerdo a lo que acabo de escuchar, y si me da el tiempo, voy a tocar también un poquito de las intervenciones anteriores porque están relacionadas con las preguntas que has formulado.

Yo creo que el primer tema y que está confirmado por quienes me han antecedido en la palabra, brillantes profesionales, es que se tiene que trabajar en el entendimiento de la figura.

Quiero, por ejemplo, citar a María Eliana lo que nos acaba de decir, hay alguien que está entendiendo que es función de la JRD escudriñar el diseño que alguien hizo, y por qué la JRD no se dio cuenta de los errores del expediente técnico.

Entonces, eso, realmente, lo que confirma es el entendimiento de la figura. Y, al respecto, engancho con el tema de lo que dije en agradecimiento. ¿Por qué? Porque si estamos sentados esta noche virtualmente, al menos, es por el trabajo que ustedes hicieron, Silvia con Marlene y con César Guzmán-Barrón, justamente, trabajando en la JRD y trabajando en los *dispute boards* para que sean entendidos por el Estado, en primer lugar, y así sean recogidos en la norma.

Entonces, también va mi agradecimiento en esa labor que ustedes hicieron, ya hace algunos años, no voy a decir cuántos, por favor, por obvias razones, pero que también va mi agradecimiento a ustedes por haber trabajado en que esto sí haya sido entendido. Lamento que ese entendimiento se haya ido perdiendo, pero eventos como este nos hacen recapitular la importancia de entender una figura tan importante como son los *dispute boards*, y su especie, las JRD.

También quisiera decir yo que otra segunda tarea es la de centrarse en evitar las controversias, y en que las partes lo hagan.

Nuevamente, si las partes lo que quieren es que ustedes o los miembros, en general, de las JRD resuelvan y toman decisiones, es porque no están entendiendo que solamente están viendo la punta

del iceberg, y que hay una estructura bajo el mar que es inmensa y que deben usarla a favor de su proyecto a favor de ellas mismas. Esta función de minimizar o de evitar las controversias es la fundamental en las JRD y en los *dispute boards*. Es la central, secundariamente será la de tomar las decisiones, y eso es una segunda tarea pendiente.

La tercera es evitar prácticas arbitrales y lo digo, por favor, con respeto a los centros y a los mismos árbitros que son, tanto abogados como ingenieros. Pero, nuevamente, como siempre he dicho y no me cansaré de decirlo, esto es, que nuestra figura es como un ornitorrinco, se puede parecer a un pato, pero no podemos tratarlo como a un pato. Lo vamos a matar al pobre animal, a la pobre criatura. Esto es JRD, esto es *dispute boards*; tiene otra naturaleza y otro tratamiento. Y así alguna audiencia se parezca, no es una audiencia arbitral, y tenemos que evitar. Yo he visto recientemente una visita donde había paranoia de debido proceso, por favor, eso es inaudito. Entonces, esas prácticas deben ser completamente desterradas en los *dispute boards*.

Y regresando a las tareas pendientes, y aquí quiero tocar un tema que puede ser sensible, pero los miembros de las JRD decidirán siempre, según contrato y norma. Lógicamente, atendiendo los criterios técnicos, pero no se va a olvidar lo que está establecido en la norma y en el contrato. Yo concuerdo con Carlos, en el sentido de que, si alguien está accidentado, lo primero es hacerlo... no es entablillarlo, quizás, Carlos, pero sí es hacer que respire, eso es lo primero. Entonces, para eso hay que, efectivamente, hacer lo primero, que esto sobreviva, la persona sobreviva, pero para eso también nos ayuda la propia norma y los principios que has citado, Carlos. Entonces, no podemos olvidarnos o dejar de lado, no quiero... Carlos ha sido claro en el sentido de que no, pero sí los formalismos que él indica, entonces, hay que darle dos veces una revisión a esos cumplimientos que son, absolutamente, formales, sin olvidarnos de la norma. Estoy de acuerdo con él.

Y dentro de las tareas, pero lo voy a tocar un poquito más adelante, es tocar un tema que nuevamente me va a tener que referir a la presentación de Carlos. Que la JRD y los *dispute boards* son parte de la gerencia, de la gestión de un contrato, y es así, y esto nos lo dice, por ejemplo, el mismo Banco japonés o la Agencia de Cooperación Internacional Japonesa que, cuando financia los *dispute boards* dice: «Yo financio *dispute boards*, pero no financio arbitrajes a las entidades, porque el *dispute board* es parte de la gestión del contrato». ¿Correcto? Entonces, en eso estoy absolutamente de acuerdo, pero quiero complementar lo que ha referido Carlos, diciendo que los gestores son el contratista y la entidad. El gestor, el gerente del contrato no es o no son los miembros de la JRD, tienen que ayudar a que las partes, estos gerentes, tomen las mejores decisiones, pero las decisiones que toman los miembros de JRD, serán las que, finalmente, le lleven las partes a resolver, siendo muy, pero muy valioso y mucho más valioso que tomar esas decisiones, ayudar en la gestión de estas partes, de las dos partes: de la entidad y del contratista. Entonces, quien tiene que gerenciar son los gerentes, no la JRD, que sí es una herramienta de gestión al 100 %.

Y en lo que toca a los profesionales y a la norma es entrenarse, seguir entrenándose, seguir preparándose, por favor, y dentro de esa preparación que pasa por entender la figura, y eso también ya está dicho, es saber preguntar, por favor. Así como no se puede tomar la gerencia y hacer lo que diga la JRD de manera informal o lo que se tiene que hacer dentro de entender la figura, es saber preguntar, que tiene, además, una función muy importante porque no es sin afirmar nada, estoy preguntando, estoy dando un mensaje a las partes para que ellos evalúen cuál es su posición, cuál es la realidad, qué dice el contrato y cuáles son sus expectativas para que la JRD acoja sus posiciones.

Entonces, es fundamental también el entrenamiento en preguntar, no en afirmar, no en adelantar opinión. Y eso también es un parte de la preparación, parte del entrenamiento de los miembros de la JRD.

Quiero destacar que es necesario, por favor, también ratificar la importancia de la visita con todas las restricciones del covid y de los protocolos que son importantísimos, por favor. Nada reemplaza una visita, y puede ser, como lo dijo María Eliana, complementada con drones, etc., hay miembros que son extranjeros y, en buena hora, que tengan acceso remoto o virtual, pero estar ahí, ver a

las personas, ver sus reacciones con máscara y todo, y con el casco, con el EPP, por favor, eso es irremplazable, eso es fundamental. La visita es una de las herramientas más poderosas que tienen las JRD.

Y a partir de ahí, quiero, por favor, decir lo siguiente: que nuestra norma tiene que cambiar un poco, y quizás la directiva o quizás el reglamento, no necesariamente la ley. Pero ¿para qué? Para que, justamente, nos acerque a las buenas prácticas que están recogidas, por ejemplo, en los reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional o en las normas procedimentales de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores de Fidic.

Y me voy a referir a algunos temas, algunos nuevamente compartidos con quienes me precedieron en la palabra. La primera es que no entiendo por qué, teniendo una JRD, no tenemos la capacidad de entrar a conocer los adicionales, que es un tema, que es la otra expresión que es el otro lado de la moneda de lo que significa el alcance, y esa discusión es, evidentemente, técnica, y eso tiene que ser discutido en esa sede, que es la sede por excelencia.

También quiero decir, por favor, que nuestra directiva, a veces, es entendida como que restringe la función consultiva de no dar una opinión no vinculante. La función consultiva no puede estar restringida a la opinión no vinculante. Está justamente en preguntar, en hacer que las partes tengan un baño de realidad de sus posiciones, de sus propias aspiraciones, y hasta de lo que afirman, y eso, nuevamente, se da en las visitas con miembros que están entrenados en el preguntar.

Entonces, yo quiero decir que mucho de las buenas prácticas no están escritas y no necesitan de la ley. Y aquí, por favor, muy rápidamente, Silvia, yo quisiera comentar la valiosa intervención de Karina Ulloa. ¿Por qué? Porque ella, en su diapositiva 6, nos dio un interesante análisis representado en un pie, en el cual veíamos las controversias, etc., en donde, lo más valioso no estaba allí, estaba en la diapositiva 7. ¿Por qué? Porque en el pie de la diapositiva 6, no están, no está lo más valioso y son las controversias que, finalmente, no se presentaron, las que las partes solucionaron y ahí está lo más valioso de la JRD, y eso creo que merece ser destacado en lo que nos refiere Karina.

En relación al tema de confianza que ha mencionado María Eliana, la confianza no la da la norma, la confianza la damos nosotros, los profesionales, siendo incisivos, quizás incómodos, pero, a la vez, trabajando de manera neutral y muy profesional para que las partes, nuevamente, tengan mayores y mejores incentivos para ponerse de acuerdo ellos mismos, y no que sean las juntas o los *dispute boards*, quienes, finalmente, se pronuncien.

Finalmente, yo quiero decir que, dentro de las buenas prácticas, que a futuro espero se implanten, sea que también se permita como adjudicador único o como presidente de la JRD, a un abogado, pero que sea un abogado de construcción.

Y con eso quiero agradecer una vez más la intervención y espero haber cumplido con mi palabra de haber intervenido debajo de los diez minutos.

Gracias.

Silvia Rodríguez Vásquez: Gracias, Jaime.

En realidad, este tema da para más. Podríamos escucharlos toda la noche, con todas las experiencias que se tiene. Lamentablemente, el tiempo es tirano y ahora todavía nos falta escuchar a Carolina, que, en realidad, la función de Carolina es ser abogada de una entidad y ha participado en los temas, precisamente, de una junta de resolución de disputas, entiendo, representando a la entidad y también ha llevado el curso, o sea que ella sabe las ventajas que están en los dos lados, conoce lo mejor. Espero que sea así.

Y, en todo caso, hablando del tema de la confianza, creo que es bastante importante porque justo vamos a tocar ese tema con Carolina, sobre las decisiones que emite la junta. La apreciación que tú tienes, Carolina, es que ¿esas decisiones que emita las JRD, tal vez generan más confianza que lo que generaría un laudo? O sea, esa es la primera pregunta, y la segunda es que, ¿cuáles consideras tú que serían las demás consideraciones para aplicar a la junta de resolución de disputas en un contrato de ejecución de obra, diferente a lo que se pueda decir en contrataciones del Estado, y la directiva que todos la conocemos ya. Qué otras cosas más se podrían, de repente, el reglamento del centro, de repente, algo que debe estar en el contrato. Te doy la palabra.

Carolina Lisette Abanto Vigo: OK; muchas gracias y buenas noches con todos.

En esta oportunidad, yo soy Carolina Abanto, como me presentaron, soy abogada de Plan Copesco Nacional, represento a mi entidad en una junta de resolución de disputas, y, bueno, conmigo vamos a conversar sobre la junta de resolución de disputas desde la perspectiva de la entidad. Ya hemos escuchado la perspectiva del centro, hemos escuchado la perspectiva de los adjudicadores, hemos escuchado cuestiones legales que hay que mejorar, hemos escuchado experiencias, hemos escuchado la funcionalidad de la junta, así es que ahora vamos a hablar desde una perspectiva de la entidad. Y esto lo vamos a hacer basados en mi experiencia, en las experiencias de la junta de resolución de disputas, en el contrato de obra, en el contrato de ejecución del saldo de obra del Proyecto Acondicionamiento Turístico del Lago de Yarinacocha en la Región Ucayali.

Primero, les voy a mencionar, de manera muy rápida, cuáles son los datos generales de la obra. Esto se ha hecho bajo el Contrato n.º 31-2018 del Plan Copesco Nacional, con un monto de inversión de S/ 43 332 160,22, con un tiempo de inicio de obra que fue el 18 de julio del 2018. Un tiempo estimado de ejecución del contrato de 390 días calendario, y una fecha estimada de culminación que vendría a ser el 11 de agosto de 2019, pero por decisiones de la junta de resolución de disputas, la nueva fecha de culminación fue el 30 de noviembre de 2020.

Este saldo de obra contó con un total de dos adicionales, un total de 19 mayores metrados, y un total de 29 ampliaciones de plazo aprobadas, de las cuales, 22 fueron aprobadas por la junta de resolución de disputas.

Estos puntos los vamos a tratar de manera posterior. Y debo decir con mucho orgullo que este saldo de obra, actualmente, se encuentra recepcionado [sic]. No tenemos la obra en ejecución.

Respecto de eso, vamos a conversar sobre cómo es que inició la junta de resolución de disputas en la entidad, cómo es que dijimos, «bueno, vamos a continuar con este mecanismo, ya que lo tenemos previsto en el contrato», pues, como han visto, el contrato es del 2018, y el monto es de 40 mil, entonces, por lo tanto, era de obligatorio cumplimiento, de obligatorio que yo incluya la cláusula de la junta de resolución de disputas. Entonces, cómo fue así que surgió.

Bueno, todo se señaló bajo una decisión que tomó la entidad, con la cual mi contraparte no estuvo de acuerdo. Entonces, al no estar de acuerdo, se generó esta controversia. Al generarse esta controversia, nos remite una solicitud, una carta diciéndonos, «Sabes qué, entidad, vamos a iniciar con la junta de resolución de disputas, vamos a instalar la junta de resolución de disputas, vamos a activar este mecanismo de solución de controversias», a lo que nosotros accedimos, y fuimos al centro y dijimos: «Centro queremos activar el mecanismo de junta de resolución de disputas y, por favor, te pedimos que nos des tu nómina de adjudicadores.

Y en base a eso, nosotros designamos una terna con determinados adjudicadores. Nosotros estuvimos de acuerdo en que sea determinado profesional, y entonces, dijimos «perfecto, ese profesional es el que se va a encargar de la junta de resolución de disputas y sigamos adelante con ella».

Ya cuando nos pusimos de acuerdo en esos detalles, procedimos a lo que es la suscripción del contrato tripartito y también a la suscripción del acta de inicio de funciones. Esto, nosotros lo hicimos en obra. Lo hicimos en noviembre del año 2018.

En este contrato tripartito, así como tanto en el acta de inicio de funciones, nosotros establecimos las reglas que iban a regir esta JRD. Por ejemplo, bueno, en datos generales, datos del adjudicador, datos de las partes, también hasta pusimos los honorarios, cuánto se le iba a pagar al centro, cuánto se le iba a pagar al adjudicador, quiénes íbamos a asumir los gastos de esos viáticos, hospedaje, y todo lo que conllevara el desplazamiento de este personal al lugar de la obra. Acordamos que iba a ser, en nuestro caso, que es por partes iguales, y acordamos también que lo íbamos a pagar de manera trimestral para una mejor organización de nosotros.

También acá, en estos documentos, acordamos lo que es cuántas visitas se iba a hacer a la obra porque eso es importante para que el adjudicador y nosotros también como parte, tengamos mayor contacto.

Mi profesión es abogada, pero, sin embargo, en mi entidad somos muy activos. Yo soy abogada que ha participado en la obra, al igual que como ya lo mencionó Karina, en su oportunidad, hemos ido a las obras, nos hemos embarrado, nos hemos mojado con la lluvia, y hemos aprendido de manera directa cómo es el funcionamiento de este mecanismo.

Entonces, como les decía, todas estas actuaciones solo que no son, precisamente, de manera teórica en este contrato, en esta acta de inicio de funciones, y lo cual se ha ido desarrollando, ante todo el ejercicio, durante toda la ejecución de la obra.

Como les decía, hemos tenido visitas mensuales, en las cuales nosotros hemos, por parte de la entidad siempre han dejado dos representantes, por parte del contratista también sus representantes, estando ahí su residente, también ha participado en la supervisión de obra.

Lo primero nosotros que hacemos cuando llegamos a la obra, es una visita general para que el adjudicador verifique cómo se ha desarrollado la obra, si es que lo dejó en un avance del, que les digo, por dar un número, un 40 %, pues, que se hizo, y hasta el 50 %, qué fue lo que faltó, si llegó tal material o no llegó tal materia, porque todas esas conversaciones surgen durante la visita de la obra.

Entonces, después que visitamos toda la obra a detalle, nos sentamos en un lugar de la obra ambas partes, y ambas partes empezamos a exponer nuestros puntos de vista. Qué es lo que consideramos que se debe mejorar, qué consideramos que no, cuáles son nuestras dudas, y si es que la otra parte también comparte esa duda, entonces, podemos formular una consulta conjunta, o también se pueden resolver *in situ* esas consultas.

Y esas han sido ese tipo de actividades que hemos ido desarrollando en la junta de resolución de disputas.

Quisiera comentarles cuáles han sido las controversias que nosotros hemos sometido a junta de resolución de disputas.

Plan Copesco Nacional ha sometido a juntas de resolución de disputas, 16 han sido las controversias que han sometido a junta, de las cuales, un 43 % han sido materia de oposición por parte de la entidad, porque nosotros no hemos estado de acuerdo por alguno u otro motivo con el criterio plasmado de las decisiones. Sin embargo, el 50 % de estas decisiones no han sido materia de oposición por nosotros. Y tenemos una consulta que está pendiente de absolverse y estamos a la espera de esa respuesta.

Pero, si se pueden dar cuenta, y como ya también lo mencionó Karina, en su oportunidad, podremos nosotros estar no de acuerdo con esas decisiones, pero eso se va a someter a una evaluación.

Pero, si eso es una cuestión de éxito, que el 50 % de las decisiones no haya sido materia de oposición por parte de la entidad. Entonces, nos hemos ahorrado cuántos arbitrajes allí, cuántas demoras que hubieran podido impactar directamente en el plan de ejecuciones del contrato.

Entonces, desde el punto de vista de la entidad, desde mi punto de vista, considero que es un mecanismo de éxito.

Yo quisiera analizar en este tiempo sobre las decisiones que han sido sometidas, sobre las decisiones que han sido sometidas, sobre las decisiones de la junta de resolución de disputas referidas ampliaciones de plazo que han sido sometidas a junta.

A ver, en total, se han presentado solo en casos de ejecución de obra, 47 solicitudes de ampliaciones de plazo, 47. Y de estas 47, 22 solicitudes de ampliaciones de plazo han sido aprobadas por la junta de resolución de disputas; 22 de las 47. Esto es un total de 47 % que tenemos aprobadas, 7 ampliaciones de plazo han sido aprobadas por la entidad, por ende, no ha habido ninguna controversia al respecto; 13 ampliaciones de plazo también han sido denegadas por la junta de resolución de disputas, siendo eso el 28 % del total de las ampliaciones de plazo y 5 % han sido denegadas por la entidad.

Ustedes se imaginan si nosotros no hubiéramos aplicado la junta de resolución de disputas en este saldo de obra. Se imaginan si hubiéramos tenido 22 arbitrajes para que en el caso del contratista diga: «ay, me tienen que aprobar estas ampliaciones de plazo»; 22 arbitrajes o se hubiera tenido que acumular, pero, lo tedioso que hubiera sido eso. Se imaginan en el caso de la entidad, que estas ampliaciones denegadas, en las cuales, yo como entidad, considero que, ya que estaban denegadas, y el contratista diga «no, nos vamos a tener que ir a arbitraje»: 3 arbitrajes.

Entonces, realmente, hay que atener a hacer las decisiones de la junta de resolución de disputas vinculantes y de obligatorio cumplimiento, me guste o no como entidad a mí, si es que ya le han dado la razón en esas 22 ampliaciones de plazo, pues, yo lo tengo que cumplir. Y así lo he hecho, he cumplido, esas 22 ampliaciones de plazo están aprobadas, están otorgadas, ya los pagó los mayores casos generales que eso generó. Ya se ha dado continuidad a lo que ha sido la obra.

Y antes de llegar a unas pequeñas conclusiones, voy a responder las preguntas que me ha formulado la doctora Silvia, respecto a que si considero que las decisiones que emite la junta de resolución de disputas generaría más confianza, o qué actitud tiene el funcionario público frente a esas decisiones.

Yo, como buena abogada, le respondería «depende», y le digo depende porque depende de la perspectiva que uno lo mire.

La entidad es parte también, entonces, si yo no estoy de acuerdo, yo digo, puedo ponerme a pensar y decir: «No, si el contratista lo está sometiendo a arbitraje, por qué yo no puedo tener esa oportunidad». Y, entonces, voy a someter a arbitraje, y no es una cuestión de que le tenga o no le tenga confianza, para mí no estaba bien, no está válido ese criterio; y, entonces, voy a someter a arbitraje.

Pero también hay otra consideración ahí. Y otra consideración es que frente a una respuesta que yo tengo, que no satisfaga la necesidad ideal que yo crea, y tengo la puerta de que me puedo oponer a esta decisión, me puedo posteriormente ir a un arbitraje. Entonces, como funcionario público yo me pongo a pensar, automáticamente, órgano de control. El órgano de control me va a decir: «No. Si tú tenías esa oportunidad de irte a arbitraje, por qué no lo hiciste, perjuicio económico al Estado», y se van a ir contra el funcionario. Y la mayoría de funcionarios, nos guste o no, piensan así. Es una batalla diaria decir no, las rúbricas técnicas ya están preestablecidas, no consideraron que en el arbitraje no va a hacer el cambio. Sin embargo, no, prefiero que me lo diga un árbitro porque como me da todavía esta posibilidad, se podrían ir a arbitraje.

Entonces, si genera o no confianza, puede que genere la confianza, pero como ya lo han mencionado mis copanelistas, se tiene que cambiar el chip del órgano de control, tienen que darse también las facilidades al funcionario público para que tome las decisiones. Ya lo decidió el adjudicador, no es necesario que yo me vaya a un arbitraje posterior, estoy de acuerdo con la decisión, siga adelante. Pero, si es que se sigue adelante para tener semejante proceso disciplinario o tener al órgano de control ahí que le diga: «No, cómo es posible que no hayan ido al arbitraje». Pues, entonces, igual es ambos.

Referente a la otra pregunta, que, además de lo que ya está dicho en la norma, directiva, ¿qué otras consideraciones podemos tener para aplicar la junta de resolución de disputas?

Bueno, yo les comento, como ya lo han visto acá en mis PPTs, estamos hablando de esta obra que es un saldo de obra, una obra primigenia que ya fue resuelta, y ahora estamos en un saldo.

¿Ustedes se imaginan cómo fue esto? Cuando esto se resolvió, teníamos a la población encima nuestro, que, simplemente, decían: «No, ustedes lo han ejecutado mal, nos han mentido, nos han engañado». Lo mismo las autoridades, decepcionadas. «Por Dios, cómo no se han aceptado». Teníamos esta Yarinacocha agarrada por años que le hemos impedido a esa población ir a su malecón, y ahora que le explicamos, «no, es que están en un saldo de obra, todavía no puedo abrir, no podemos continuar».

Entonces, ahí vienen esas consideraciones. Por más de que la norma nos haya puesto un tope desde cuándo es obligatorio hacia adelante, debemos considerar los otros factores: factores sociales, factores económicos, y que, finalmente, lo que la población quiere es, como ya lo han dicho los panelistas predecesores, es que el contrato de obra se encuentre culminado, una obra que satisfaga las necesidades de la población, que cumpla su objetivo.

Entonces, nada vamos a ganar nosotros si nos enteramos, y «Ah, no, como mi obra está solamente desde [...] millones, no le aplico JRD». Pero, y qué tal si es que tiene tantos problemas esta obra, estas discontinuaciones, personas insatisfechas. Nosotros somos ejecutores de obra para entidades de este Gobierno Regional. Qué tal si es que ellos están insatisfechos y no logran la conformidad, pero tenemos este mecanismo donde hay personas técnicas, personas especializadas con la experiencia que nos pueden ayudar a solucionar los conflictos. ¿Por qué no utilizarlo?

Yo, para concluir, quisiera sí decir que sí necesitamos como funcionarios públicos mayor capacitación y mayor involucramiento en lo que es la junta de resolución de disputas, pero no solamente de nosotros, sino también de los que legislan respecto a la junta de resolución de disputas.

Yo he venido a contarles de una manera muy breve y muy sucinta lo que es mi experiencia. Si supieran o que hemos pasado de verdad en el día a día, todas las cosas que van saliendo, cada problema, ¿y ahora cómo lo resolvemos?, ¿y ahora cómo lo hacemos?, digamos, generando soluciones.

Entonces, me gustaría que, de verdad, nuestras autoridades también recojan nuestras experiencias y también las compartan con las demás entidades, y digan, tales y tales entidades ya tuvieron historias de éxito con lo que es una junta de resolución de disputas, ¿por qué no comunicarnos con ellos, ver qué fue lo que hicieron de diferente para que sí se haya logrado, para tomar ese conocimiento y poder replicar en las demás entidades.

Bueno, eso ha sido toda mi participación por el día de hoy. Muchas gracias al centro por haberme invitado y quedo presta para responder sus consultas.

Silvia Rodríguez Vásquez: Gracias, Carolina. De verdad, tu testimonio nos alienta muchísimo a seguir este camino. Yo estoy segura de que todos los que estamos acá involucrados y los que te están escuchando, nos entusiasma mucho el saber que este mecanismo, efectivamente, haya cumplido su rol, haya cumplido su objetivo. El que la población use ese malecón. Mira qué provechoso que no haya conflictos sociales sobre ese tema. Tantos problemas que existen ahora en nuestro país. Gracias

a Dios, uno menos, y que, más bien, la población esté tranquila y que las autoridades también, habiendo recibido la obra, y haciendo uso ahora que sé que ha quedado muy lindo. Ojalá pueda darme una vuelta por ahí.

Muchísimas gracias, Carolina.

Bueno, en realidad, ya es bastante tarde, son las 9:25 p.m., sí 9:26 p.m., y sé que tenemos muchísimas preguntas, pero hemos escogido dos. Una va a ser respondida por el ingeniero Carlos López y otra por Jaime Gray. Sé que quedan todavía muchas más, pero, lamentablemente, el tiempo nos ganó.

La primera pregunta es de José Alberto Llave para Carlos López. Una consulta para Carlos respecto a la normatividad. Existe una opinión de la OSCE en la que se precisa que el costo de la JRD no forma parte del presupuesto de obra. Por lo tanto, ¿de dónde provienen los fondos que la entidad requiere para realizar el pago de la JRD?

Esto es una pregunta recurrente, incluso, yo dicto el curso de JRD en la Católica, en nuestro centro, y siempre hacen esa pregunta. Carlos.0

Carlos López Avilés: Primeramente, hay una Opinión n.º 133 del 2020, de diciembre del 2020, donde dice lo que señala el que pregunta, y con todo el aprecio que tengo para el OSCE, están equivocados, pues. Sencillamente, están equivocados. No han interpretado correctamente la norma de cuál es el sentido o la razón por la cual opinaron de esa forma porque señalaron que la norma dice que cada parte, que los costos se pagan mitad-mitad, pero eso no significa que salgan del bolsillo de alguien en particular. Todos los costos en que el contratista incurre y que los paga el contratista, ¿quién los paga? Los paga la entidad, a partir del presupuesto.

Pero eso que, simplemente, es desde un punto de vista lógico, pero también está desde un punto de vista normativo. El presupuesto de obra dice: el reglamento es costo directo, gastos generales y utilidad. Esos son los únicos costos que hay en un presupuesto: costo directo, gastos generales y utilidad.

¿El costo de la JRD para el contratista es costo directo? No es costo directo. ¿Es utilidad? No es utilidad. Entonces, ¿qué cosa es? Es gasto general. Y la definición de gasto general ampara esta definición, porque la definición de gasto general del propio reglamento es: costos en los que el contratista incurre para ejecutar la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial.

Si hay una norma legal que dice que las obras deben tener junta, es un costo de la obra, no hay la menor duda al respecto. Yo esperaba después de tantos meses que alguien en OSCE se animase a rectificar esta opinión, pero no lo han hecho. Lo único que, más o menos, me tranquiliza es que las opiniones del OSCE no son vinculantes. No son vinculantes, salvo que las apruebe el Consejo Directivo de OSCE, lo cual no ha sucedido.

Por otro lado, entiendo que cualquier funcionario que lea esta opinión del OSCE, pues, la aplica, pero, si quieren saber mi opinión, está equivocada.

Silvia Rodríguez Vásquez: Gracias, Carlos. Sí, en realidad, es un tema que, hasta este momento no se soluciona, y tiene que ver mucho con, justamente, lo que decía, el cambio de mentalidad.

Siguen pensando que es algo parecido a arbitraje, siguen pensando que, tal vez, no tiene esta naturaleza preventiva y tienen que asumir los costos, etc.

Hay un gran problema, y una vez más, estamos caminando y haciendo el camino mientras andamos. Eso es lo que...

Carlos López Avilés: Solamente para concluir, Silvia, yendo a lo que ha dicho la doctora Carolina Abanto. ¿Cuánto le hubiera costado a la entidad 22 arbitrajes?

Silvia Rodríguez Vásquez: Sí, por supuesto. Ahí uno puede darse cuenta...

Carlos López Avilés: O sea, la junta le ha salido como un regalo a la entidad.

Silvia Rodríguez Vásquez: (Risas) Vamos a pasar los recibos por honorarios para continuar con esto.

Muchísimas gracias, de verdad. Es evidente que esto ha reducido muchísimo los costos en cuanto a lo que son las controversias. Muchísimo.

Pasamos a la siguiente pregunta. Muchas gracias, Carlos. Es para Jaime Gray. Eliana Tarazona nos pregunta: Quisiéramos conocer la experiencia en JRD en obras que se encuentran fuera de la normativa de OSCE.

Bueno, yo entiendo que, si están fuera de la normativa de OSCE, no se llamaría JRD, pero le paso la pregunta a Jaime, para que nos pueda mencionar si ha tenido experiencia en otros lares.

Jaime Gray Chicchón: Gracias, la JRD es hija de la Ley de Contrataciones del Estado. Entonces, está restringida su aplicación a aquellos proyectos donde le es aplicable la Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento, y, por ende, la directiva. Sin embargo, recordemos, por favor, la JRD es la especie de un género, de un mecanismo de solución de controversias llamado *dispute boards*, y los *dispute boards* han sido ampliamente conocidos en el Perú y empleados en el Perú en otros regímenes de contratación distintos al régimen general de contratación estatal, donde hay excepciones.

Voy a poner algunos ejemplos. Hay o existen contratos de préstamo suscritos con el Perú, por ejemplo, con el Banco Interamericano de Desarrollo, con el Banco Mundial, o con el Banco Japonés o la Agencia Japonesa del JICA, en el cual se emplean contratos Fidic.

Estas organizaciones multilaterales tienen convenios con la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, donde se emplean los contratos Fidic, y en la cláusula 20 están establecidos los *dispute boards*, y existen múltiples ejemplos de uso en entidades públicas peruanas, si por contratistas peruanos y extranjeros que trabajan en el Perú.

Las experiencias han sido agrídulces. Hace muchos años, inclusive, no estaba entendido lo que era un *dispute board*, y se llegaron a traducir, inclusive, como conciliaciones decisorias. Pero esa esa otra historia y ya pasó a la historia, como valga la redundancia, y sí se emplean.

Y otros regímenes donde se vienen empleando, nuevamente, de excepción, han sido los casos de los Juegos Panamericanos 2019, donde, a pesar de que en NEC 3 no se tenían como medios los *dispute boards*, se establecieron cláusulas en el cual se habilitaron los *dispute boards*, aplicando el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, y creo yo que todos conocemos que uno de los éxitos de los Panamericanos, fueron esos. Que ninguna de las decisiones se llevó a arbitraje, y hubo proyectos que ni siquiera presentaron formalmente un reclamo ante el *dispute board*.

Este mismo mecanismo también en otro régimen de excepción, en un gobierno a gobierno, sigue siendo empleado en el tema de la reconstrucción. Y así existen otros regímenes que también aplican, pero siendo el cuerpo tirano, creo haber respondido la pregunta dando ejemplos.

Gracias.

Silvia Rodríguez Vásquez: Muchísimas gracias. Sé que quedan muchas preguntas como para Eliana, Carolina y también a Karina, pero, lamentablemente, no podemos seguir extendiéndonos.

Muchísimas gracias por su atención. Queda, entonces, de alguna manera, visto que sí estamos andando bien. Hay cambios que hacer, hay compromisos que las mismas entidades deben tener de estudiar, de enseñar, de capacitar. Tomamos la palabra a Carolina Abanto para que, efectivamente, ella sea la promotora, así como los demás adjudicadores, de lo que es una JRD exitosa, pero para qué sirve la JRD, y, de repente, pues, vamos cambiando esas espinas por flores de... que mencionó acá Carlos, sobre, por ejemplo, el tema de los costos y otras cosas más que se están presentando.

Creo que sí, todos los usuarios que, en este momento, estamos en la JRD, todos estamos comprometidos, y sabemos que sí es un mecanismo exitoso para lo cual fue puesto en esta normativa.

Muchísimas gracias. Conmigo es todo. Pasamos a la gente, a los anfitriones.

Myriam Terra: Muchas gracias, doctora Silvia.

Bien, hemos concluido la jornada del día de hoy. Les agradecemos mucho su apoyo y participación a todos los expositores, y los esperamos el día de mañana para la quinta y sexta mesa.

Muchas gracias y buenas noches.

MESA N.º 5: ÚLTIMAS TENDENCIAS EN EL ARBITRAJE

Eric Franco Regjo (moderador)

Risteard de Paor

Mariano Castro

Clare Connellan

José Daniel Amado

Alonso Cassalli: Muy buenas noches con todos. En primer lugar, les agradecemos por estar aquí presentes y les damos la bienvenida a la tercera jornada de la XV edición del Congreso Internacional de Arbitraje + Mediación + Junta de Resolución de Disputas, realizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A continuación, daremos inicio a la quinta mesa, en la que se analizará el tema denominado «Últimas tendencias del arbitraje».

Tendremos como moderador al doctor Eric Franco, árbitro y experto abogado en resolución de controversias.

Le acompañan como ponentes el doctor Ristead de Paor, socio del área de arbitraje internacional y disputas ambientales del estudio de abogados Dentons en Madrid.

La doctora Claire Connellan, socia del área de arbitraje internacional del estudio de abogados White & Case de Londres, y tiene a su cargo el grupo de negocios y derechos humanos en el estudio mencionado.

El doctor Mariano Castro, viceministro de gestión ambiental; el doctor José Daniel Amado, socio de Miranda & Amado.

El moderador será quien precise la dinámica de esta mesa, y les indicamos a los participantes que podrán formular preguntas a través del chat habilitado en la presente reunión.

Sin más preámbulo, le damos el pase al doctor Eric Franco.

Eric Franco Regio: Bien, buenas noches con todos. Un gusto compartir este panel. Tenemos unos excelentes panelistas, y va a ser un placer poder compartir con ellos este tema tan interesante.

Como ustedes ven, el panel se divide, por un lado, la relación entre arbitraje y derechos humanos; y, por otro lado, medio ambiente y arbitraje. Y dentro de medio ambiente, tocando un tema puntual de medio ambiente también, que es el cambio climático.

El arbitraje constantemente va expandiendo su alcance y va entrando a áreas en las que antes no entraba, y, justamente, la idea del panel ha sido explorar esas áreas que, al día de hoy, a nivel mundial, está siendo motivo de mucho debate y de casos que ponen a prueba las instituciones que conocemos y que están generando muchas discusiones alrededor, así que eso es justamente lo que buscamos en este panel, explorar esas áreas que tienen muchas zonas grises, pero que también tienen mucha riqueza jurídica.

Vamos a empezar el panel con la presentación del doctor José Daniel Amado, y él va a hacer su presentación sobre conflictos sociales, derechos humanos y arbitraje.

Como todos saben, en los últimos años, se han presentado casos en los que las controversias entre inversionistas y Estados han surgido, se han relacionado conflictos sociales o las poblaciones locales, por ejemplo, un caso peruano que muchos conocerán, que se ventiló en el Ciadi, entre una minera canadiense y el Estado peruano, y que estuvo relacionado con un conflicto social.

Este tipo de controversias ha empezado a poner en debate la propia legitimidad del arbitraje de inversionista con Estados, y han surgido una serie de propuestas de solución al respecto. Entonces, como contexto para la presentación del doctor Amado, las preguntas serían cuáles son las ventajas que entre inversionistas y Estados cuando están de por medio conflictos sociales o los derechos de

las comunidades locales involucradas y, frente a este problema, sí podría compartir algunas reflexiones sobre cómo abordar estos problemas, si es que existen algunas propuestas de solución.

Entonces, adelante, doctor Amado, por favor.

José Daniel Amado: Muchísimas gracias, doctor Franco, muchísimas gracias al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica. Siempre un placer participar en los eventos que organizan.

Me toca abordar un tema que creo es novedoso, como bien se ha dicho, pero creo que también es tan antiguo como el mundo del arbitraje de inversión, y se refiere a la relación con otros temas de derecho internacional público, como es el tema de los derechos humanos, en particular.

Voy a compartir pantalla y mostrarles un poco, ayudarme un poco con una ponencia, un momentito, por favor.

Bien, entonces, sin más, en interés del tiempo, voy a explicarles brevemente que este tema, como digo, si bien es muy antiguo y lo conversaremos durante la presentación, sin embargo, alcanzó una mayor relevancia, en este milenio, en los últimos diez-doce años, porque, de hecho, en el año 2008 o, más o menos, 2009, comenzó a haber, cada vez más, una discusión y lo grafico con esta pequeña caricatura sobre la discusión sobre la legitimidad del arbitraje de inversión, o sea, un poco se comenzó a decir, estos son tribunales secretos, estos tribunales que, de alguna manera, favorecen siempre al inversionista, este es un derecho hecho para los inversionistas.

Esa discusión, acá hay otra caricatura que, en realidad, habla sobre lo que fue el siguiente paso, y es que las cláusulas de resolución de controversias entre inversionistas y Estados, comenzaron a no querer ser firmados, o sea, todos sabemos todo lo que pasó, por ejemplo, con las cláusulas de la Transpacific Partnership de la Alianza del Pacífico que, simplemente, hubo una gran discusión y un gran problema a la hora de aprobar el arbitraje de inversión como se conocía en ese momento y como se ha conocido siempre porque los cuestionamientos se daban y se daban.

Y, claro, si uno lo mira desde un punto de vista más amplio, tengo ahí en pantalla el tema del conflicto social, que es el que voy a tocar, pero se da cuenta de que hay una serie de razones por las que el tema puede ser discutible, materia de controversia. Se hablaba mucho de que esto favorecía a los inversionistas, que era unilateral, que iba en una sola dirección, de alguna manera.

Y, por otro lado, mientras tanto, los proyectos de infraestructura, de creación, de desarrollo de los recursos naturales, estaban ahí esperando para ser desarrollados; necesitábamos, los necesitamos todavía hoy día, como país, por ejemplo, en el Perú, y se comenzaron a ver afectados por esta discusión, este *backlash*, esta gran pelea contra el arbitraje de inversión.

Entonces, cómo compatibilizamos la necesidad de destrabar los conflictos sociales y el derecho de las inversiones. Entonces, se me ocurrió a mí con un grupo de personas más, hacer una investigación que publicamos y está en pantalla, donde hablamos un poco sobre este tema y tratamos de decir, mira, la solución no está en salir a las calles a gritar, la solución no está en el conflicto social, la solución podría estar en el arbitraje.

Y, bueno, también comenzó a ponerse en la palestra el tema de las reconveniones. O sea, ahí también tenemos una discusión muy concreta que cualquiera tendría que tomar en cuenta. ¿Esto está hecho para que el inversionista reclame al Estado solamente o está hecho en las dos direcciones? Y una vez que alguien reclama al otro, ¿la reconvenición se debe limitar solamente a lo que fue reclamado o uno puede reconvenir sobre otro tema?

Por ejemplo, un reclamo sobre inversión, pues, puede recibir una reconvenición vinculada al tema de derechos humanos, o algún tema vinculado a derechos humanos.

Esos temas se dieron y, por fortuna, se dieron porque creo que toda la discusión legítima, de alguna manera, lo que se ha venido haciendo a través de los años. Bueno, aquí tenía un poquito antes esto, por ejemplo, muestra que los primeros acuerdos de inversiones ya decían que el arbitraje iba en dos direcciones. O sea, no decían que esto era un territorio para que los inversionistas reclamen a los Estados. De hecho, la Convención del Ciadi de 1965, se va pensando en contratos de inversión. O sea, donde, obviamente, la reciprocidad y la bilateralidad es obvia, pero luego, cuando surgen los tratados bilaterales de inversión, ese tipo de cláusulas como la que está en pantalla comienzan a desaparecer y a cambiar por un sistema mucho más audaz que parecería estar mucho más vinculado a los intereses del inversionista y es así como se vio por mucho tiempo.

Tengo una lista ahí de casos relevantes. Yo no voy a entrar a cada uno porque me demoraría mucho tiempo y no lo tenemos, pero sí quiero decirles a ustedes que estos casos de los últimos años, lo que revelan es que el tema de derechos humanos comenzó a ser cada vez más importante, y no solamente eso, algunos de estos casos revelan que el tema de conflictos sociales donde está de por medio la discusión de derechos humanos también se volvieron un tema cada vez más importante y siguen siendo importantes y siguen surgiendo casos.

Hace un momento, mencionó el doctor Franco un caso minero. Está ahí el número 6: el Caso Bear Creek, que se refirió, precisamente, a un tema donde un conflicto social había detenido una inversión minera.

En el número 3 ustedes verán ahí el Caso de Chevron contra Ecuador, donde para los que lo han seguido fue un caso que duró años, vinculado a un gran problema de contaminación que había afectado, por lo menos, es la posición que tenían las personas que reclamaron a comunidades nativas de las zonas donde, efectivamente, se desarrolló esta exploración y explotación petrolífera.

Y el resultado de esto, dicho sea de paso, es que el tema se ha puesto en debate, o sea, yo, lejos estamos de estar pensando que este tema está resuelto. Sí les quiero decir, por ejemplo, que, en el caso de Bear Creek, la mina siguió paralizada, sin embargo, sabemos que Bear Creek está invirtiendo en una nueva mina y eso es una buena noticia, eso revela que el mundo de las inversiones se puede ir destrabando y el arbitraje puede ayudar en esa dirección.

Y el Caso Chevron tengo que decir, que, si bien es cierto, ese tema no se ha resuelto, también es verdad que ha puesto sobre la mesa la necesidad de comenzar a pensar ¿qué pasa con las poblaciones afectadas por las inversiones?, ¿qué rol tienen?, ¿tienen algún rol?, ¿tienen algún espacio para participar?

Y yo había propuesto en un *paper* años atrás, en el año 2014, antes del libro, justamente que la idea era que, de repente, en un sistema de adjudicación de controversias, por ejemplo, el arbitraje de inversión podría ser una mejor idea que, por ejemplo, salir a la calle a gritar, que es lo que pasaba siempre. O sea, lo que están viendo ahí en pantalla es un reporte sobre una cosa muy interesante, un tema que fue el gran reclamo de los obreros textiles en Bangladesh contra las grandes casas de modas internacionales, fabricantes de ropa muy fina, y que, simplemente, tuvieron que ser materia de, primero, obviamente, el conflicto, luego, un intento de arbitraje.

Afortunadamente, también después de eso, un acuerdo. Y ahí vemos, curiosamente, el último acuerdo se ha firmado el 1 de septiembre del 2021, o sea, hace unos días, hace quince días, prácticamente, pero la pregunta que nos hacemos acá, entonces, es, el conflicto social podría resolverse mediante el arbitraje que, entonces, no voy a extenderme mucho en esto, pero nosotros hemos propuesto, yo he propuesto junto con otros profesores, es el tema de comenzar a mirar el arbitraje como que tiene cuatro partes, y no solamente tres. O sea, si tuviéramos que decir ahí el Estado anfitrión, el Estado, digamos, del cual proviene la inversión, el Estado en el cual se recibe la inversión y el inversionista. Y la pregunta es ¿hay un espacio para las poblaciones? ¿Podría haber?

Entonces, el libro, todo el libro al que me refería hace un momento, el libro que publicamos en 2018-2019, justamente, intenta demostrar que existe, incluso, en el sistema como está hoy día, la forma la resolver estos temas.

Entonces, presentamos una serie de modelos de cómo podría resolverse el tema hoy, incluso. Y, por supuesto, proponemos una serie de cambios a los futuros, a una nueva generación de tratados bilaterales de inversión.

Entonces, pasamos por temas como este que está en pantalla, que es el tema de la cesión de derechos, por ejemplo, o sea, por qué no las poblaciones podrían ceder sus derechos a una entidad del Estado, por ejemplo, a la Defensoría de un país, para que sea esta la que reclame contra el inversionista, no solamente contra el Estado, contra el inversionista, y esto podría, por supuesto, en un mundo contractual ser fácilmente, podría reflejarse de manera muy fácil, es mucho más complejo realizarlo en un tema de tratados, pero no es para nada imposible, y eso es lo que intentamos demostrar en esa investigación a la que me he referido.

Bueno, ya hemos propuesto varios modelos, la verdad, otros el nombrar, por ejemplo, a los nacionales de un Estado como delegados o representantes del Estado, de ciertos reclamos, etc. Todo esto va mucho más allá de las normas sobre transparencia que todos saben, todos sabemos que, de alguna manera, fueron, digamos, ya han sido recogidas en el arbitraje de inversión, y que permiten, hoy en día que exista la capacidad de las poblaciones de presentar escritos y su posición, que ya de por sí es un avance.

Nosotros proponemos, incluso, algo que vaya más allá de eso. No voy a entrar en el detalle de esto, porque ya sería muy largo, pero sí quiero decirles que, por ejemplo, hemos, incluso, tratando de evaluar el tema de las reclamaciones masivas y generar un esquema que iría más allá de un simple arbitraje de inversión. O sea, este es un esquema, más bien, parecido a los *claims commissions*. O sea, como, no sé si todos están familiarizados, pero les recomiendo que lo miren el Tratado de Irán-Estados Unidos para resolver temas de la Guerra del Golfo, y que tiene un *claims commission*, una comisión que resuelve los reclamos de los individuos. Lo mismo pasa en... ha pasado, por ejemplo, en el caso de la comunidad judía y sus reclamos contra los bancos suizos o contra el Estado alemán, basado en el trabajo forzoso que hubo durante la Segunda Guerra Mundial.

Todos esos temas revelan que estas posiciones de generar *claims commission*, cuando hay un daño que afecta a muchas personas, el caso de una comunidad es una idea que bien puede ayudar a resolver el clima de tensión que, a veces, acompaña a las inversiones importantes, a las mega inversiones, justo a esas que queremos destrabar y promover.

Los objetivos son muy claros, resolver los conflictos jurídicos, promover la inversión responsable, y por responsable hay que entender acceso a la justicia y defensa de los derechos humanos como una parte fundamental de esa adición de una inversión responsable. Eso es lo que nos va a permitir que el sistema sea cada vez más eficiente, y que eso llegará a las inversiones, pero también, cuando haya conflictos, surgieran conflictos, nos permitirá también encontrar la manera de resolverlos.

De manera que es eso lo que quería presentarles hoy día. No me queda sino agradecer muchísimo esta invitación y su atención. Quedo atento, además, a cualquier pregunta.

Gracias.

Eric Franco Regjo: Muchas gracias, doctor Amado. En realidad, lo que nos ha relatado el doctor Amado nos vuelve a un punto fundamental de nuestro ejercicio profesional: la autotutela contra métodos heterocompositivos, y, justamente, lo que se busca es que nuestra profesión genere paz social, y, justamente, la legitimidad que tiene el Poder Judicial, que tienen los tribunales arbitrales, va a ser clave para que se pueda cumplir ese rol.

Entonces, la pregunta es si tenemos las instancias adecuadas para que se cumpla ese rol de que las tensiones entre partes, ya sea entre dos partes o multiplicidad de partes, tengan fueros adecuados para reconducir sus controversias y yo quisiera hacerle una pregunta al doctor Amado. Un tema que, probablemente, está en la cabeza de muchos, al escuchar la presentación, es por qué sería mejor el arbitraje, ¿por qué el arbitraje sería adecuado en comparación a las cortes judiciales?

Esa es una pregunta. Y la otra pregunta es, digamos, el contexto en el que se ha planteado la discusión tiene que ver con tratados internacionales, o sea, protección a la inversión extranjera. ¿Hasta qué punto se podría también crear algo así para la protección a inversionistas nacionales? Esas son las dos preguntas que quisiera hacer al doctor Amado.

José Daniel Amado: Muchísimas gracias, doctor Franco.

De manera muy breve, también, y agradezco las preguntas.

Definitivamente, yo soy un convencido de que las mega inversiones. Se habla mucho de que hay mega inversiones y que hay que destrabarlas, y no normalmente hay... se trata de proyectos en donde no solamente hay mucho dinero en juego, sino lo más importante, hay demasiada sofisticación jurídica, y en los problemas técnicos, además, mucho más, que, de alguna manera u otra, van a requerir un análisis que, por ejemplo, el arbitraje de inversión ha demostrado que es capaz, el sistema ha demostrado que es un foro muy adecuado, porque el arbitraje, es como dice Gary Born, el menos imperfecto de los sistemas de resolución de disputas. Y como yo decía en los *papers*, a los que me he referido, adjudicar es, a veces, una necesidad; o sea, así como creo que ir a salir a las calles a gritar y generar un conflicto que pueda generar, incluso, peligro para la vida humana, es el camino que hay que evitar, digamos.

Creo que la adjudicación por un tercero es la única solución posible porque, normalmente, cuando hablamos de un conflicto de este nivel, la discusión es tan grande, el nivel de aprensión social se vuelve tan complejo que, en realidad, nosotros, o sea, yo pienso, en todo caso, conjuntamente con las personas con las que ha realizado estas investigaciones, que el método funciona mucho mejor en el mundo arbitral, por un lado. Y creo que el arbitraje de inversión ya caminó una buena parte del camino, por un lado.

En cuanto al tema nacional, yo creo que no hay ninguna razón por la cual no puedan generarse sistemas muy parecidos para el arbitraje en mega inversiones o mega proyectos o proyectos muy sensibles a nivel local. De nuevo pienso que el arbitraje es ideal, es un medio ideal, definitivamente, el Estado tendrá que estar de acuerdo para que esto ocurra, pero si el Estado está de acuerdo, es una oportunidad para que las soluciones se den de una manera más eficiente, más rápida, y más concreta.

Para efectos del tema nacional, y con eso termino, creo que es muy interesante pensar en cosas como los *claims commissions* o las comisiones de reclamos. Yo creo que se han dado en temas de derechos humanos comisiones de reclamos para ciertos temas, pero ya he mencionado los casos legendarios de los bancos suizos o del trabajo forzoso de la Segunda Guerra Mundial, pero por qué no tener, al costado de aprobar un proyecto muy difícil socialmente, o sea, políticamente casi inviable. Decir, no, no, pero un ratito, vamos a crear un fideicomiso con «X», no sé, cualquier cifra, me inventaré una cifra, mil millones de dólares para reclamos, y las personas tendrán derecho a ir y reclamar. Esto serán las personas que servirán como *cuasi* árbitros, como ocurre en los *claims commissions*. Y esa es la manera como iremos resolviendo los problemas de manera mucho más eficiente, y usted, señor poblador, que podría estar afectado, dejará de estar afectado, a partir de que generemos situaciones como esa.

Esa es un poco la idea, unas ideas que planteábamos en el libro y ojalá que haya respondido a su pregunta, doctor Franco.

Eric Franco Regio: Muchas gracias, muy interesante. Es como tener un buzón para reclamos, pero potenciado con el canal para que se pueda llevar a una solución de controversias.

Creo que en la medida en que haya un punto para que las tensiones se desfoguen, va a bajar la tensión, así que creo que va en esa línea. Es bien interesante y pasaría a la doctora Connellan.

Ella ha venido trabajando hace muchos años el tema de la relación entre derechos humanos y empresa, es algo que, normalmente, digamos, no está presente o no está, uno no hace la relación inmediatamente porque uno piensa que derechos humanos es más una relación entre ciudadano y Estado.

Y, bueno, sobre este tema le quisiera dar la palabra a la doctora Connellan, justamente, para que explique cuál es el desarrollo en este tema.

Ha habido, hay unos principios rectores que han sacado las Naciones Unidas sobre el tema, y unas reglas de arbitraje que ha sacado La Haya. Entonces, justamente, sobre eso va a tratar la presentación de la doctora Connellan.

Adelante, por favor.

Clare Connellan: Buenas noches y gracias Eric.

Quiero dar las gracias, también al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos por la invitación. Es un verdadero placer para mí compartir la mesa con tan distinguidos colegas y tratar un tema tan relevante. Y gracias también por su paciencia con respecto a mi exposición en español, y gracias a Eric por animarme a presentar en español.

Expondré sobre el arbitraje como un medio para resolver disputas relacionadas con los derechos humanos en el ámbito empresarial. Hace unos veinte años que me especializo en arbitraje internacional, y ahora también estoy a cargo del grupo de negocios y derechos humanos en mi estudio.

En ese sentido y en relación a los dos, es, naturalmente, de interés para mí.

Voy a tratar el tema en tres partes. Primero, el contexto en asuntos de derechos humanos que involucra a empresas, después las reglas de La Haya de arbitraje, y, finalmente, lo que se puede esperar en el futuro.

Libre contexto. ¿A qué nos referimos con controversias de derechos humanos con relación a empresas? Nos referimos a los reclamos que se puedan plantear a empresas cuando sus actos u omisiones violan los derechos humanos. Y ello, como dijo Eric, se encuentra regulado en los principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, los cuales fueron aprobados por unanimidad en el año 2011.

Los principios rectores se basan en el reconocimiento de tres pilares: proteger, respetar y reparar.

Proteger las actuales obligaciones de los Estados, de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas. Respetar el papel de las empresas como órganos de la sociedad que desempeñan funciones específicas y que deben cumplir todas las sanciones aplicables y respetar los derechos humanos y reparar.

El acceso a mecanismos de reparación, la necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados en caso de incumplimiento.

Estos principios no establecen nuevas obligaciones de derecho internacional, pero reconocen que la responsabilidad de respetar los derechos humanos, también aplica a las empresas y exige que las empresas eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan, y

tratan de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionados con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso, cuando no han contribuido a generarlos.

El arbitraje puede desempeñar un importante papel de cara a la resolución de controversias relativas al tercer pilar, al acceso a los mecanismos de reparación.

Los principios rectores consideran que puede haber muchas fuentes de recurso: judiciales, extrajudiciales, estatales o no estatales, y según el principio 31, los mecanismos extrajudiciales como el arbitraje deben responder a los criterios de eficacia.

Por lo tanto, ¿es el arbitraje hoy día eficiente y eficaz para resolver este tipo de controversias?

Como sabemos, el fundamento del arbitraje es el consentimiento. ¿Por qué una empresa consideraría someter una controversia de este tipo a un arbitraje? Supondría un interés para ellas y también para las víctimas.

Recordemos por qué eligen al arbitraje internacional. Es a causa de las características principales como la neutralidad, la ejecución nacional de los laudos, la posibilidad de escoger a los árbitros, la privacidad y la confidencialidad y la oportunidad limitada de apelación y falta de precedente. Muchas de estas características no te las ofrecen en el Poder Judicial.

Pero también el arbitraje tiene la flexibilidad para responder a los criterios de mecanismo efectivo, legítimo, accesible, compatible con los derechos del Principio Rector 31.

El arbitraje cuenta con particularidades, según el sector en que se aplique, así como aspectos diferentes en el arbitraje relativo a finanzas, controversias marítimas. También lo hay con relación a los derechos humanos y eso es el contexto para el desarrollo de las reglas de La Haya para controversias de derechos humanos que involucran a empresas, que fueron publicadas en diciembre del 2019.

Preven un conjunto de procedimientos para el arbitraje de este tipo de controversias. Adoptan un enfoque novedoso. Si bien se basan en el Reglamento Uncitral, las modifican considerablemente.

Las Reglas de La Haya son el resultado de un trabajo que tomó unos cinco años, y el equipo de redacción de trece expertos fue liderado por el juez Bruno Simma, de origen alemán, quien es reconocido por su trabajo, sobre todo en el campo de los derechos humanos como del arbitraje.

Ellos contaron con el aporte de más de 200 expertos, incluyendo abogados, instituciones arbitrales, árbitros, entidades gubernamentales y empresas. Tuve la oportunidad de participar en dicho proceso, y vi de primera mano la rigurosidad con la que se hizo el trabajo.

El ámbito de aplicación de las Reglas de La Haya no está limitado por el tipo de demandante o demandado ni por el objeto de la controversia. Aplican a cualquier controversia que las partes hayan acordado resolver mediante arbitraje. Por lo tanto, las partes podrían ser una comunidad, individuos o empresas, sindicatos, ONG, Estados, entidades estatales u organizaciones internacionales o de la sociedad civil. También podrían utilizarse para conflictos entre empresas.

En el preámbulo de las Reglas de La Haya se establece el alcance previsto en ellas como un conjunto de procedimientos para tratar controversias relacionadas con el cumplimiento de las normas de derechos humanos por parte de las empresas, y también pueden servir como una vía para gestionar los riesgos en cuestión.

Un arbitraje en virtud de las Reglas de La Haya puede prever la posibilidad del recurso para los afectados por los impactos de los derechos humanos, debido a las actividades empresariales, sirviendo como un mecanismo consistente con el Principio Rector 31.

Y para empresas, un mecanismo para abordar los posibles impactos adversos en los derechos humanos, a la luz de los Principios Rectores 11 y 13. En un sentido, son una oportunidad para que las empresas cuenten con un foro adecuado para que se analice y determine si cumplen con la normativa aplicable de derechos humanos.

El punto de partida fue el reglamento Uncitral, pero adaptado para reflejar las características particulares de estas controversias. Por ejemplo, la posible necesidad de medidas especiales para hacer frente a las circunstancias de los afectados. El desequilibrio de poder entre las partes, lo cual no es menos importante que la capacidad de asumir los costos implicados de este tipo, y el interés público en la resolución de tales controversias, la transparencia.

También fue necesario reconocer la importancia de contar con árbitros con conocimientos especializados, apropiados para tales controversias, y la posible necesidad de que el tribunal arbitral establezca un mecanismo especial para la recolección de pruebas y la protección de los testigos.

Las Reglas van acompañadas de un Código de Conducta para los árbitros, que se considera parte integrante de las Reglas e incluye muchas buenas prácticas y aspectos relativos a la independencia y la imparcialidad, aunque las reglas llevan dos años desde su aprobación. Todavía no conozco ningún arbitraje que las haya aplicado.

Si bien el uso de las Reglas de La Haya o el uso del arbitraje no son necesariamente el medio más usado actualmente, para la solución de este tipo de controversias. Está muy claro que hay situaciones en todo el mundo que dan lugar a este tipo. El arbitraje puede brindar una serie de ventajas que pueden ser convenientes, quizás al lado de otros mecanismos. Vimos con José Daniel el ejemplo de Bangladesh.

En mi trabajo veo cómo los abogados pueden ayudar a las empresas a gestionar los riesgos de violaciones a derechos humanos con sus operaciones y prevenir es mejor que curar. Hay muchos ejemplos de impactos adversos. Puede ser el impacto de una compañía minera en la comunidad cercana de su mina, o las condiciones laborales para los trabajadores; unidad de fabricación para una cadena de suministro.

A veces, estas controversias son decididas por los tribunales nacionales o están siendo resueltas a través de mecanismos de quejas a nivel operacional o a través de mediación o mesas de diálogo. Por el momento, en mi opinión, puede que no existan suficientes incentivos para que las empresas consientan el arbitraje como medio para resolver este tipo de disputas. Pero las leyes están cambiando y ello puede influir en esta opinión.

En Francia, desde el 2017 y en Alemania, a partir de este año, las empresas tienen obligaciones legales para evaluar los riesgos de impacto adverso en los derechos humanos, en sus operaciones y cadenas de suministro.

Varios otros países y la unión europea están contemplando formas de diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos, mostrando una tendencia expansiva.

En conclusión, es un marco legal que se encuentra en continuo cambio, haciendo frente a las leyes actuales y venideras. En mi opinión, vamos a encontrar más controversias relacionadas con violaciones de derechos humanos por las empresas, [...] si las partes lograrán todo el potencial que brinda el arbitraje para ayudarlas a resolver este tipo de controversias como mecanismo efectivo.

Eric Franco Regio: Excelente, doctora Conellan. Muy interesante la presentación y creo que lo que, bueno, justamente, va en línea con pensar si el arbitraje fuera adecuado, tercer pilar de Principios Rectores de la ONU sobre este tema, y el ejercicio que se ha hecho es interesante de tratar de preparar el arbitraje como una vía posible. No significa que sea una vía posible, o sea, que se esté usando el día de hoy masivamente, pero, por lo menos, que se va preparando para poder ser usada.

Entonces, ahí viene el comentario final de su presentación, que es hay que ver si es que las partes, que son a final las que tienen que consentir, ven este potencial y se sienten cómodas con un contexto como el de la Regla de La Haya, para discutir temas tan sensibles como estos temas de derechos humanos.

Y yo lo que quisiera preguntarle es sobre casos, probablemente, usted ha mencionado unas ciertas situaciones posibles, pero alguien que tiene interés en profundizar en el tema, cuáles son algunos casos, por ejemplo, que podría revisar para familiarizarse más, para ver más en concreto todo lo que ha estado pasando, ya sea en el fuero judicial o en el fuero arbitral.

Clare Connellan: Un incentivo sería una empresa muy valiente que pruebe por primera vez las Reglas de La Haya, pero, por otra parte, muchas empresas ya adoptan algún tipo de mecanismo de reclamación a nivel operativo, y por lo que es un paso más hacia el arbitraje. Pero, como ejemplos hay la polución de mineros, problemas de seguridad, problemas de las condiciones laborales de los trabajadores de fabricación, suministro. Hay muchos casos que están ahora en los tribunales nacionales.

Eric Franco Regjo: Muy interesante. Entonces, hemos partido con la presentación del doctor Amado hablando del sistema de protección de inversionistas, cómo podría ser un fuero adecuado para tratar esos temas. Luego, hemos entrado al tema empresarial, y ahora pasamos a un... dentro de toda la discusión de derechos humanos, a un área específica muy relacionada con el tema de derechos fundamentales y otros temas también que es el tema de los conflictos socioambientales.

El doctor Mariano Castro va a hacer una presentación para precisar la situación de la justicia y el arbitraje en materia ambiental, las políticas para su mejoramiento y la contribución a las últimas tendencias de arbitraje ambiental.

Doctor Castro, adelante, por favor.

Mariano Castro Sánchez: Muchas gracias, doctor Franco. Un saludo también a todos los panelistas que, efectivamente, han tenido brillantes presentaciones iniciales. Y quiero felicitar, además, al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de nuestra universidad por incluir dentro de este congreso las cuestiones vinculadas a derechos humanos y, dentro de estos, a los derechos ambientales y el tema de la justicia ambiental y climática.

Como bien han señalado, los dos distinguidos expositores previos, el propósito básico de estos diversos mecanismos es lograr la paz y confianza social, en asegurar, efectivamente, la vigencia del Estado de derecho, asegurando, efectivamente, mecanismos jurídicos para prevenir y resolver conflictos. Esto es lo sustantivo. Y, efectivamente, los diversos, las diversas aproximaciones y respuestas que los países hemos venido dando en relación a este desafío que es global, pues, nos dan rutas para seguir mejorando.

Quiero compartir con ustedes algunas ideas, y para eso sí me permiten, voy a hacer compartir algunas diapositivas para poder orientar la presentación.

Entonces, bien, en primer lugar, algunas cuestiones generales que, efectivamente, le dan una especificidad a la cuestión ambiental y climática en los temas de justicia y arbitraje.

En realidad, es un tema que no es reciente. Tiene un proceso ya de cincuenta años, donde se ha venido, efectivamente, generando un proceso de demanda social, de necesidad social, expresado en demandas y procesos de diversa naturaleza de carácter político, en donde, efectivamente, en los sesenta, claramente se expresa a partir de demandas para efectos de conservar espacios naturales, parques nacionales o áreas protegidas como se denomina en el país, en el Perú.

Luego, a partir de constataciones palpables en diversos lugares, sobre todo en los países más industrializados, pero también en países como el Perú aparecen, efectivamente, problemas de afectaciones ambientales que ocasionan graves pérdidas sociales, de afectaciones de salud, etc., y que generan demandas, reformas legislativas, un marco de regulación con diversos enfoques, esto en los setentas.

Y, a partir de ahí también aparece con más fuerza con contenido más específico especializado del derecho y la justicia ambiental, en un sentido más de protección, de sistema de protección colectiva y difuso en los daños, para salud del ambiente.

Y, luego, a partir de los noventas, en donde además se consolida un marco internacional de protección, de aspectos como, por ejemplo, el cambio climático, aparece también una mayor incidencia de demandas sobre distribución de riesgos, responsabilidades compartidas diferenciadas, una materia mucho más compleja y mucho más apremiante, que es la cuestión climática.

A partir de ahí, definitivamente, aparece un conjunto de ideas relacionadas a justicia ambiental, que busca, efectivamente, reconstruir, restablecer, una relación armónica entre las personas, la sociedad, el ambiente y la naturaleza. De tal manera de que como se señaló con claridad y en forma unánime en la conferencia de Naciones Unidas sobre desarrollo sostenible, donde decía de reflexionar, de cambiar los patrones de producción, de consumo, que conducen a situaciones de insostenibilidad ambiental y mayor pobreza y menor competitividad.

A partir de ahí, efectivamente, se genera también, efectivamente, como ya he señalado, un proceso que tiene ya más de cincuenta años a nivel global, de demandas sociales, con la que buscan asegurar o restablecer derechos humanos ambientales, en particular.

Y la otra dimensión que tiene que ver con, habiendo un desarrollo institucional, y mecanismos de solución jurídica de controversias ambientales, es que son las condiciones de acceso a esta justicia.

Y las condiciones de acceso son, básicamente, cuestiones de carácter muy jurídico que tienen que ver con procedimientos, mecanismos institucionales, con la finalidad de que, efectivamente, esta estructura institucional y mecanismos jurídicos de solución de controversias ambientales tengan, efectivamente, condiciones de acceso concreto. Y, a partir de ahí, es que hay como cinco grandes aspectos vinculados al acceso a la justicia ambiental.

Y aquí tiene que ver también como espejo las condiciones de acceso al arbitraje, en materia ambiental. Uno al derecho de la participación ciudadana, de tal manera que la sociedad y las personas tengan esos mecanismos jurídicos de prevención y solución de controversias y que, en consecuencia, este sea el dominante, el prevaleciente, en relación a medios violentos o medios corruptos. Y los derechos de participación ahí son fundamentales para poder intervenir en la solución de los temas.

El acceso a la información resulta fundamental para efectos de tener claridad respecto al alcance, naturaleza y opciones para la solución de controversias.

El garantizar el derecho a un ambiente sano y cómo, definitivamente, garantizar este acceso.

El tema del acceso efectivo a la jurisdicción, sea cual sea su modalidad, de tal manera de que, considerando, además, la diversidad cultural, las condiciones de acceso físico, me refiero, de acceso geográfico, condiciones de comunicación, entre otras, cuestiones de lengua, etc., que son fundamentales para garantizar el acceso efectivo.

Y el tema del derecho a la legitimidad para obrar en términos de interés colectivo y difuso que, igualmente, como les iba adelantando, es un conjunto de derechos y procedimientos administrativos y judiciales que buscan tutelar derechos, y las condiciones de acceso se miden por estos cinco elementos que, entre otros, que están definidos.

Y esto está enmarcado dentro de lo que es conocido el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro, que es la Conferencia en donde se acordaron, todos los países acordamos un conjunto de principios y convenciones internacionales en donde se establece que para alcanzar adecuadamente la solución de los problemas ambientales y climáticos, es fundamental que todos participemos en el nivel y condiciones que tiene cada entidad, cada persona, y que, a partir de ahí, se busque, efectivamente, para lograr ello, para que todos podamos contribuir a la solución de los problemas, no solamente una lógica de exigencia de derecho, sino de gestión responsable de lo que corresponde a cada quien, es que requerimos un acceso a información adecuada, un acceso a la participación, y un acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos.

Esto ha venido, a su vez, también, de la mano con un proceso de desarrollo, en materia de regulación, de justicia ambiental y climática del Perú y que, básicamente, voy a resumir en seis momentos:

1. El Código de Ambiente.
2. La Ley General del Ambiente. Además, dicho sea de paso, no solamente introduce en la Ley General del Ambiente el principio de justicia ambiental en el ordenamiento jurídico, sino, además, establece disposiciones sobre el arbitraje, que estaban ya, de alguna manera, también, en la primera Ley de Arbitraje, pero, sin embargo, en la siguiente esta parte, este aspecto se retiró, pero en la Ley General del Ambiente se mantiene vigente esas disposiciones sobre arbitraje ambiental.
3. En el 2008 se aparecen las fiscalías especializadas en materia ambiental; unas ocho primeras fiscalías, ahora hay más de 140.
4. La procuraduría pública especializada en materia ambiental que sea crea un año después de la creación del Ministerio del Ambiente, también el año 2008.
5. Luego, los primeros juzgados especializados en delitos ambientales.
6. Y, finalmente, como unos módulos de justicia ambiental que se han venido implementando, primero, en Madre de Dios y en otros lugares; y, recientemente, este año se ha creado una unidad funcional de delitos ambientales.

Aquí estoy hablando de, en general, justicia ambiental, tanto administrativa como jurisdiccional y también, en alguna dimensión, vinculada al arbitraje.

Este es un proceso, efectivamente en marcha, y que ha sido objeto, además, también de evaluación por parte de la OCDE cuando se hizo en el 2016 la evaluación del desempeño ambiental del país, en donde se incluyó las cuestiones vinculadas a justicia ambiental administrativa, en el marco del OEFA, en el marco forestal y en el marco de recursos hídricos, y además también la justicia ambiental jurisdiccional en sus diversas dimensiones.

Y en esa línea, a nivel regional, no se puede dejar de mencionar el acuerdo ya vigente, en vigor, que es el Acuerdo de Escazú que establece los mismos principios que señalé respecto al año 1992, y los mismos procesos que se han desarrollado en el Perú, que lo que busca es ayudar a los países de América Latina y El Caribe a implementar estos derechos de acceso. La información, la participación, y a la justicia, en donde aparece con claridad y fuerza un conjunto de, digamos, orientaciones para que los Estados promuevan mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales en los casos en que corresponda.

Aquí, lamentablemente, el congreso anterior decidió, la Comisión de Relaciones Exteriores del congreso, decidió archivar este acuerdo en base a un debate que careció, la verdad, de sustento técnico, jurídico, etc. porque, en esencia, en la dimensión del acceso a la justicia ambiental, lo que el Acuerdo

de Escazú busca es contribuir a mejorar las capacidades para que la prevención y solución de conflictos se dé bajo mecanismos jurídicos, institucionales, en un marco de un Estado de derecho vigente, más palpable.

Yo confío en que, en alguna buena oportunidad, esta decisión se revierta y el Perú sea parte del Acuerdo de Escazú. Este contribuirá al proceso de lo que estamos tratando ahora: los mecanismos alternativos de solución de controversias. Eso, además de fortalecer, obviamente, los mecanismos judiciales y administrativos institucionales.

El arbitraje de medio ambiente. Aquí, en esencia, lo que, efectivamente, dentro del deber del Estado de fomentar el conocimiento y el uso de medios de resolución de gestión de conflictos ambientales, que está esto establecido en la Ley General del Ambiente, aparecen cuatro grandes opciones establecidas, repito, en la Ley General del Ambiente del año 2005. El arbitraje, la conciliación, la mediación, las mesas de concertación. No necesito hacer explicaciones. Y en cada una de ellas ha habido mayor o menor medida, en cada uno de ellos, pues, intensos, experiencias de diversos procesos que, definitivamente, pues, constituyen bases importantes para cualquier opción de mora en estas materias.

Y, claramente, se señala que hay pretensiones ambientales sujetas a arbitraje, aquellas que versen sobre derechos patrimoniales y aquellas que versan sobre derechos de libre disposición. Esto es lo que está bajo el alcance del arbitraje, y, en ese sentido, tenemos temas como determinación de montos indemnizatorios por daños ambientales, definición de obligaciones compensatorias, controversias en la ejecución de implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales, limitaciones al derecho de propiedad por la creación de un área natural protegida, así como también conflictos entre usuarios con derechos superpuestos e incompatibles sobre recursos naturales.

Hay limitaciones a las decisiones arbitrales, por cierto, uno básico que es el que se establece en varios artículos de la Ley General del Ambiente que los derechos ambientales son irrenunciables y tiene sus consecuencias, obviamente, en las posibilidades de las decisiones arbitrales.

No se pueden modificar estándares, normas que definen estándares de calidad ambiental o también Límites Máximos Permisibles. Estos son objetivos de la política de calidad ambiental que norman y establecen, efectivamente, garantías para efectos de que sean más eficientes los proyectos de inversión o cualquier actividad humana, y además no se afecte la salud, que tiene que ver con los estándares de calidad ambiental primario o el ambiente, que son los estándares de calidad secundarios.

No se pueden modificar compromisos ambientales asumidos en los instrumentos de gestión ambiental, que son aquellos que se desarrollan para efectos de garantizar la sostenibilidad ambiental en los proyectos de inversión, y que, en consecuencia, permiten garantizar la vigencia de los hechos ambientales, en general, así como también la oponibilidad que tienen los derechos diversos que se obtienen para la realización de inversiones, teniendo, en consecuencia, una certificación ambiental otorgada por el Estado. Eso no puede ser modificado.

Ya dije los estándares de calidad ambiental, así como también establecer plazos de adecuación de común acuerdo. Perdón, sí se pueden establecer plazos de adecuación de común acuerdo con la conformidad de la autoridad ambiental competente. Hay, por cierto, disposiciones específicas en donde, cuando el arbitraje sea internacional, y una de las partes sea un Estado, una sociedad, una organización, empresa controlada por un Estado, esa parte no puede invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse de las obligaciones de equidad del convenio arbitral.

Hay algunos casos importantes de arbitraje que se han desarrollado. Uno conocido por Doe Run, donde el Grupo Renco, en el 2011, denunció al Estado ante el Ciadi, respecto a la obligación que tenía esta empresa para adecuarse a los estándares de calidad ambiental y límites máximos permisibles en el complejo metalúrgico de La Oroya.

En particular, los estándares de calidad del aire y en el año 2016, el tribunal concluyó unánimemente que Renco incumplió el acuerdo de promoción comercial con Estados Unidos y estableció que las reclamaciones de Renco deben ser desestimadas por falta de jurisdicción.

Y, en consecuencia, quedó desestimada una demanda que presentó el Grupo Renco por US\$ 800 millones.

Y hay otros casos en los cuales no puedo entrar a detalle alguno porque están en trato directo: caso Tamshiyacu, implica este proceso vinculado a una adecuación ambiental, vinculado a la regulación ambiental en el sector agrícola, y otros temas adicionales, así como también el caso de Pluspetrol Norte que tiene que ver con obligaciones relacionadas con la remediación ambiental de esta actividad, así como otros asuntos que son materia, justamente, en esta etapa de trato directo, los cuales, como todos sabemos, son de carácter confidencial.

¿La dimensión climática es nueva para la cuestión del arbitraje? El cambio climático viene, fue materia de un acuerdo internacional, el Convenio del Cambio Climático del año 1992, y para llegar a ese acuerdo de 1992, hubo todo un período previo, de información, análisis científico, y definiciones que, finalmente, dieron lugar a la Convención de Naciones Unidas del Cambio Climático del año 1992 y que ha venido generando una serie de otros acuerdos diversos y políticos, internacionales y demás.

Hoy día estamos en un escenario en donde, además, cada país, en base al Acuerdo del París a presentar y comunicar ante Naciones Unidas las contribuciones nacionalmente determinadas que establecen metas obligatorias para reducir emisiones, pero también para generar acciones de adaptación frente al cambio climático.

Esas contribuciones determinadas tienen ese carácter: obligatorio. Y, en ese sentido, aparecen una serie de aspectos que se derivan de esa naturaleza jurídica que tienen las contribuciones nacionalmente determinadas.

Adicionalmente, el carbono es objeto, en los diversos países y en espacios de financiamiento internacional, en espacios de arreglos internacionales diversos, y también a nivel nacional con una tendencia muy fuerte que escapa, obviamente, o, mejor dicho, que van más allá de los foros ambientales y es que está ahora, hoy día, la coalición de Ministros de Finanzas, por ejemplo, discutiendo fuertemente mecanismos tributarios, comerciales y de control ambiental; y, como consecuencia de ello, el precio del carbono, es una de las cuestiones que está en discusión, y que el destino de esos recursos que vayan a fondos de adaptación.

El sector privado, en ese sentido, o parte de esas contribuciones también está obligado a reducir y/o compensar sus emisiones, así como conservar la reserva de carbono forestal en la Amazonía, en nuestro caso.

El cambio climático, sin duda, está teniendo efectos en los compromisos de inversión, en la naturaleza, clase de contenidos, y, finalmente, está influyendo también en nuevas estructuras contractuales.

Hay, además, también una dimensión adicional a los conflictos socioambientales, típicamente conocidos, y que tiene que ver con aspectos, por ejemplo, los desafíos están ocasionando los procesos de adaptación frente al cambio climático que generan condiciones de aprovechamiento de recursos, inclusive, de desarrollo de actividades tradicionales, y cantidades para sobrevivencia que están afectando a poblaciones más vulnerables en nuestro país, por ejemplo, el caso conocido, un caso campesino ancashino Saul Luciano Lliuya versus la empresa importante muy grande alemana RWE, que está, efectivamente, ya admitida en un tribunal alemán, en base, además, a los inventarios de emisiones de gas efecto invernadero estipulado por Alemania y declarado por esta empresa.

Y la cuantificación de las reducciones y la contabilidad en la captura del carbono en la atmósfera generada por los países y las principales actividades económicas. Esta cuestión que, además, forma parte de las negociaciones de las conferencias de las partes del cambio climático, donde se establecen metodologías, métricas, etc., son base [...], pues, prevenir y atender este tipo de conflictos socio-climáticos que, a nivel social, empresarial y/o estatal se vienen dando.

Entonces, el tema climático está generando una nueva gobernanza en prioridades de inversión en el mundo que, obviamente, influyen en las condiciones de arreglos de los arbitrajes y de justicia general.

En el caso peruano, la reciente actualización de la contribución nacionalmente determinada, anunciada en diciembre último y comunicada a Naciones Unidas ya, y que va a ser materia, junto con las otras contribuciones no solamente nacionales sino de todos los países del mundo, en la próxima conferencia de las partes que va a realizarse en Glasgow. Al parecer, un conjunto de medidas por estos diversos sectores en adaptación son 91. Y aquí la prioridad en el Perú es adaptación porque, efectivamente, tenemos que asegurar que la agricultura, la pesca, el tema del agua, etc., continúen desarrollándose en las nuevas condiciones climáticas que se están dando en el país ya desde hace un tiempo.

Digo, obviamente, todas las actuaciones vinculadas a los ecosistemas de bosques, y todas las condiciones que está exigiendo, cada vez más, efectos en la salud, igualmente requieren, son 91 priorizadas, así como también las de mitigación. El cambio de uso de suelo, en energía, en procesos industriales, uso de productos, en agricultura y en manejo de desechos. Siendo los fundamentales el tema del cambio de uso de suelo y el ámbito de la energía. El 50 % está vinculado al cambio de uso de suelo, es decir, pérdida de ecosistema de bosques, manejo forestal, reforestación, etc.

Y en energía, obviamente, hay enormes oportunidades de inversión de crecimiento verde, economía circular, etc.

Entonces, aquí hay una oportunidad en el caso peruano de un gana-gana, de un proceso, efectivamente, donde tenemos que correr porque la economía climática está ya en marcha y el Perú tiene que enterarse de forma adecuada en esta materia.

En este punto, entonces, para ir terminando, acá aparece que los arbitrajes de inversión, comerciales y entre los propios Estados podrían generarse como consecuencia de una posible afectación de las metas establecidas en materia de mitigación y debido a la afectación de determinados ecosistemas.

En este punto, entonces, hay un ámbito importante a desarrollar en términos conceptuales, en términos de mecanismos concretos, y de arreglos internacionales para efectos de que estos tengan una ruta también muy clara y predecible. Y son estos los sectores que ya he señalado, en donde esta cuestión al Perú le va a interesar abordar con fuerza.

Y, en el tema del mercado de carbono, igualmente, hay que considerar que la biodiversidad que ofrece un conjunto de bienes y servicios, ecosistémicos para el bienestar de las personas, son muy eficientes, a su vez, en la captura del carbono, y, en consecuencia, medidas de compensación compra de carbono forestal para compensar esas emisiones que son el mercado de carbono, son un espacio igualmente muy relevante de inversiones, de oportunidad de generación de empleo, de ingresos locales en las comunidades más deprimidas, económicamente hablando, y permitirían, en consecuencia, hay opciones también.

Sin embargo, quiero anotar que, por ejemplo, el día de ayer, les comento, no voy a entrar a mayores detalles, pero una comunidad se acerca y dice: «Nosotros vendimos terreno a una empresa minera “X” y que la vendimos a un precio que nos parece injusto. Y cuando quisimos ir a un tribunal, hay una excepción porque hay una cláusula de arbitraje», lo cual, efectivamente, está perfectamente marcado en el marco legal, pero, sin embargo, se entiende que no hay justicia, y en el ámbito judicial

consideran el arbitraje como un ámbito inaccesible por los costos y la sofisticación que tiene el proceso.

Entonces, yo creo que hay que tener en cuenta esas condiciones sociales de acceso al arbitraje para efectos de realizar las adecuaciones necesarias para efectos de que, efectivamente, sea un mecanismo efectivo real de prevención y de paz social y de confianza social frente a estos temas.

Regreso, ahora sí, al tema del mercado de carbono, lo que estaba mencionando.

Termino diciendo que, entonces, hay principios que debemos asegurar en estos mecanismos, como el tema de integridad, el precio justo, estándares adecuados para garantizar la transferencia de beneficios y definición de titularidades legales. Esto tiene que ver con, además, condiciones que están dándose, en donde son las comunidades indígenas que, igualmente, quieren participar, obviamente, como corresponde, en este mercado.

Y con ello estoy terminando y les agradezco, y disculpen que si me he excedido en el tiempo, y espero que haya sido de utilidad estas ideas sobre este tema.

Gracias.

Eric Franco Regjo: Muchas gracias, doctor Castro. En realidad, nuestro tiempo es muy tirano porque es un tema que da para, realmente, un seminario completo o más, o sea, realmente, es parte, además, de lo que estamos viviendo al día de hoy en el mundo, una de las principales preocupaciones y urgencias, así que, en realidad, es un tema amplísimo, aparte todos estamos interesados a nivel personal también en el desarrollo de este tema.

A mí me pareció especialmente interesante la preocupación por el tema de la justicia social de sentir que hay justicia y cómo, muchas veces, las defensas procesales hacen sentir que no hay justicia porque, de repente, una de las partes quiere reclamar, no tiene conocimiento de cómo usar el derecho y, por tanto, puede recibir una defensa procesal que lo hace, pues, sentir que no hay justicia, por más que es una aplicación perfecta de la norma.

Otro reto, creo, también, va a ser encontrar un árbitro o un juez que tenga la legitimidad para resolver una controversia y que las partes puedan sentir que tienen la legitimidad suficiente como para saldar la controversia. Entonces, ese es otro reto. Quién tiene esa autoridad, el respeto de ambas partes. Antiguamente podría ser el rey o el Papa o alguien así, pero la pregunta es, al día de hoy, quién.

Y, bueno, como hemos visto, los mecanismos ADR están previstos en la normativa desde hace mucho tiempo, y hay días de acción o derechos que se puedan hacer valer en el marco del TLC, del Tratado Bilateral de Inversión, de la propia Constitución Política del país, de contratos celebrados y también en el ámbito extracontractual, por mencionar algunos.

Entonces, en realidad, hay muchas causas que pueden dar lugar a estas controversias y también fueros distintos, según cuál sea la causa.

Ahora, yendo más al ámbito comercial de esta arista, y, bueno, nos queda poco tiempo, en realidad, el doctor De Paor ha venido trabajando el tema de controversias relacionadas con cambio climático.

En general, en el ámbito de inversiones y también en el ámbito público, de derecho público, pero ha estado también tratando el tema desde el punto de vista comercial y la CCI ha hecho también un avance en este tema de relacionar el arbitraje con el cambio climático.

Entonces, doctor De Paor, le quisiera preguntar cómo ha sido el desarrollo o cómo se ha venido enfocando el rol del arbitraje con relación al cambio climático a nivel internacional y, en particular, en el ámbito comercial.

Ristead de Paor: Sí, antes de todo, agradecerle Eric y al CARC por la invitación. Es un honor para mí participar y voy a adoptar un enfoque de diálogo, y siendo el segundo anglófono en hablar, espero tener la mitad de elocuencia que la primera.

El lado comercial no lo podemos olvidar. El cambio climático ha causado y causará estragos económicos en todos los sectores. Lo he visto personalmente aquí en Madrid con la nevada en enero y he tenido dos disputas a raíz de la tormenta de nieve en Texas. Así que es algo que es real.

La toma de conciencia respecto al vínculo entre el cambio climático y los daños económicos es más reciente, pero hay varios informes y estoy hablando, voy a ir de lo general hacia lo particular. Hay varios informes que dicen que hasta la mitad del PBI mundial lo vamos a gastar en costos económicos a causa del cambio climático.

Y la solución es, básicamente, invertir de manera masiva en energía limpia. Entonces, eso me hace llegar a tu pregunta. Hay varios tipos de disputas que podemos ver en este ámbito, vamos a tener una necesidad de 4 mil millones por año hasta el 2050.

Entonces, vamos a tener mucha inversión, mucha investigación y desarrollo y tendremos que hacer lo que se llama «gobernanza experimental», es decir, los Gobiernos van a tener que identificar lo que funciona. Lo que no funciona, entonces, va a dar lugar a disputas y actuar en consecuencia.

Si tomamos, por ejemplo, empezando con un ejemplo muy concreto los renovables y un parque eólico marino, entonces, si estamos construyendo un parque eólico marino, que, obviamente, es un proyecto comercial, vamos a tener primero un contrato de inversión, o, por ejemplo, un tratado bilateral de inversión, que conlleva, obviamente, una cláusula de arbitraje. Luego, vamos a tener un contrato EPC para la construcción de ese proyecto; y, obviamente, podemos tener muchos tipos de disputas con los cables, con los cimientos, los defectos físicos, de cambio climático sobre el proyecto.

Por ejemplo, olas gigantes que impidan que las obras se puedan efectuar; contratos de transporte, de equipamiento; de operaciones y mantenimiento; y luego, para la toma de electricidad porque, para lograr esta transición económica, tenemos que, básicamente, electrificar la energía. Entonces, para la toma de electricidad estamos en el ámbito de lo que se llama el PPS (*Purpose Per Sublines*, en inglés).

Entonces, puede haber muchísimas disputas. Si hay un cambio de ley, puede influir en el equilibrio económico del contrato, y hay que restablecer ese equilibrio económico del contrato, y, obviamente, las partes no van a estar de acuerdo.

Puede haber pericia, determinación pericial sobre, por ejemplo, la fecha comercial del contrato, por si hay certificaciones, garantías de origen con respecto a la naturaleza de la energía, porque eso puede dar lugar a disputas que no pueden ser resueltas de manera definitiva por un experto. Entonces, va al arbitraje.

Obviamente, también contratos de desmantelamiento porque muchas de las obras, de los proyectos marinos y también terrestres no han previsto el desmantelamiento como parte de su transición, entonces, eso también puede dar lugar a disputas.

Mis copanelistas han mencionado la idea, el doctor Castro ha mencionado el hecho de compensar. Entonces, hay contratos de compensación, se llaman *Air Pass* para reducción y certificados de emisiones, y las *Air Pass*, el contrato estándar prevé el uso del arbitraje para dirimir las controversias.

En el Acuerdo de París, el artículo 64 que será el sucesor del mecanismo de desarrollo limpio, hay incertidumbre con respecto a cómo se va a desarrollar este mecanismo voluntario de compensar, pero sí que está en la mesa.

Otro tipo de contrato que puede dar lugar a disputas: nuevas tecnologías. Sé que están en Perú, un poco más abajo, en Chile, hay la fuente de energía, una de las fuentes de energía más baratas del mundo, entonces, se puede utilizar esa energía para crear hidrógeno o amoníaco para exportación, probablemente, hacia Asia.

Entonces, ese tipo de contrato es perfecto para la inserción de un acuerdo de arbitraje internacional.

También hay que hablar de cambios de modelos de negocio. Varias empresas, varias petroleras están diversificando, ya lo sabemos, pero también se están retirando de algunos países. Podemos mencionar Equinor, que ha salido recientemente de México, y Venezuela, vendiendo sus participaciones.

Y, a veces, eso va a pasar inesperada y puede generar conflictos.

Y, por fin, todos lo que se ha construido no lo tenemos que dismantelar, a veces podemos readaptar. Entonces, podemos readaptar algunas instalaciones, como un gasoducto que podemos utilizar en el futuro para transportar hidrógeno o para transportar CO₂, por ejemplo, y algunos almacenamientos, instalaciones de almacenamiento de gas los podemos utilizar para la captura de CO₂. Esto es completamente posible.

Pero, cuando la readaptación no es posible de lado del Estado, a menudo piensan que es mejor el cierre. Entonces, eso es lo que estamos viendo con el caso de RWE y de Wind Cooperatief contra los Países Bajos.

Entonces, le están diciendo a las empresas, vamos a abandonar de manera gradual el carbón. Entonces, estamos viendo controversias Ciadi en este ámbito también.

Eric Franco Regio: Como vemos, el comentario del doctor De Paor es un tema amplísimo. Conforme hemos ido avanzando en el panel, realmente, la cantidad de vías para controversia o temas que pueden relacionarse con controversias se va ampliando, ampliando, y, realmente, vemos la riqueza del tema, y estamos en un tema relacionado, en parte, con derechos humanos, pero que vemos también que tiene una serie de aristas comerciales, como ha dicho el doctor De Paor ante la avalancha de inversiones, desinversiones y activos que van a perder valor, con relación al cambio climático, se van a generar, muchas, muchas controversias que son puramente contractuales, en adición a las que no son puramente contractuales.

Adicionalmente, no solamente en temas de inversión desinversión, y no en lo relativo a los grupos de interés que tienen las empresas. La relación entre las empresas con sus accionistas, con los fondos que tiene, con las empresas de seguro, con los financistas, con los propios trabajadores, y con los grupos de interés que están alrededor de las empresas. Lo cual abre un mundo de posibilidades, en realidad, y de temas que hay que ir pensando para ir anticipando un poco y preparando todo lo que se puede anticipar en la medida en que eso sea factible.

Y una pregunta que le haría, doctor De Paor, es en este tema de cambio climático y arbitraje, se suele usar como ejemplo, por ejemplo, el tema de una controversia en una planta eólica o una demora en el comisionado de una planta porque hubo una situación meteorológica o cualquiera de estos ejemplos que se suelen usar porque tienen alguna arista de cambio climático. La pregunta es, si realmente estamos ante controversias nuevas o son controversias clásicas en un contexto nuevo. ¿Cómo ve usted eso?

Risteard de Paor: Sí, precisamente, es la dificultad de distinguir que es una disputa dicha de cambio climático, y hay muchas maneras de percibirlo. Y el informe de la CCI que yo hice parte del *task force*, hemos dicho, sí, a veces hay contratos con un propósito muy obvio de cambio climático. Es decir, el objetivo del contrato es mitigar o adaptar.

Y, luego, hay otros contratos que, de manera indirecta, hay aspectos de cambio climático. Entonces, podría haber un proyecto de construcción, y hay un problema con el nivel de salinidad del agua por mayor evaporación, por ejemplo. Eso también se puede clasificar como un conflicto de cambio climático.

Y, luego, hay un paraguas que puede abarcar muchísimos tipos de conflictos que podemos someter al arbitraje a través de un acuerdo de sometimiento al arbitraje.

Entonces, sí, hay una gran diversidad y, probablemente, las maneras de distinguir entre las disputas se vayan a ampliar también, pero yo me atengo a esto y también en función de la parte demandada que sea un Gobierno o una empresa o el tipo de la acción, la causa, sea constitucional, administrativo, derecho extracontractual, obligaciones internacionales, y, por fin, el objetivo es estratégico o no.

Si buscan nuevamente los temas de antes, efectuar, un cambio en la política o un cambio generalizado, posiblemente, como sucede mucho en Estados Unidos, lo que están buscando es un resarcimiento.

Entonces, van a pedir a empresas para que paguen un rompeolas que necesitan en una zona costera, por el efecto del cambio climático.

Eric Franco Regio: Muchas gracias, y con relación al tema del resarcimiento, me vienen a la mente, nada más, dos temas que son clave en la discusión. Uno es la prueba del nexo causal. Hasta qué punto uno puede demostrar que un deshielo en una parte del mundo se debe a emisiones en otra parte del mundo, y también si eso se traduce en un daño, si es que es una causa única, o, probablemente, sea una multiplicidad de causas, y cómo se puede distinguir qué parte de la responsabilidad le toca a cada uno. Son temas, realmente, que es justamente una de las áreas más complejas en este tipo de controversias que está habiendo con relación... cuándo estamos en el aspecto más de derecho público, en realidad.

Bueno, nos queda muy poco tiempo, entonces, lo que quisiera pedirles es, a cada uno, si pudieran hacer un breve comentario de un minuto para cerrar el panel, iría en orden de las participaciones, empezando por el doctor Amado, por favor.

José Daniel Amado: Muchas gracias, doctor Franco, y muchísimas gracias a todos los copanelistas porque creo que es una oportunidad, ha sido una oportunidad, por lo menos, para mí para aprender cosas de los avances que, por mucho tiempo hemos estado siguiendo, y a mí, en particular, quisiera hacer notar que esta preocupación, no solamente por los temas de procedimiento arbitral, que, por supuesto, son fundamentales, pero de los temas de resolver las distintas formas en que los riesgos se van asumiendo y los daños van ocurriendo, e ir al fondo de cuál es el fundamento, y encontrar, por ejemplo, los temas de derechos humanos, y entre derechos humanos hemos hablado hoy día, hemos hablado, obviamente, del tema ambiental, pero también hemos hablado de salud, de trabajo.

Yo creo que es una visión de lo que el mundo va a tener que experimentar que, querrámoslo o no, estamos en ese camino, yo creo que, por supuesto, en bien de la sociedad, a nivel internacional; y, ciertamente, en el Perú es de saludar, y una vez más quiero agradecer al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica, por ser una líder en difundir estos temas que, realmente, son de la mayor importancia presente y futura.

Muchas gracias.

Eric Franco Regio: Muchas gracias. Y, doctora Connellan, por favor.

Clare Connellan: Gracias, Eric, gracias a todos.

Fue un honor y aprendí mucho escuchando a los otros panelistas. Lo que me sorprendió fue lo importante que es intercambiar ideas sobre formas innovadoras de resolver disputas, y cuánto podemos aprender de diferentes disciplinas y perspectivas.

Por ejemplo, cuando escuchaba a la presentación del doctor Castro, y los puntos relativos a las limitaciones del laudo arbitral en materia de controversias ambientales también existen limitaciones para el arbitraje en conflictos de derechos humanos.

Vamos aprendiendo y cambiando.

Gracias.

Eric Franco Regio: Muchas gracias. Doctor Castro.

Mariano Castro Sánchez: Muchas gracias. Yo también quiero empezar agradeciendo, nuevamente, doctor Franco, por la iniciativa, así como también las presentaciones que han sido muy ilustrativas de lo que está pasando en el país y en el mundo.

Y quiero destacar que la cuestión en Perú, en la cuestión climática no es marginal. El Perú es uno de los países importantes, es un territorio muy importante en materia de bosques, que es un sumidero fundamental para la lucha contra el cambio climático.

Dos, es un país líder en generación de materiales, de minerales que inciden en los patrones económicos a nivel global. Ese rol, y además en materia de biodiversidad, es uno de los pocos países mega biodiversos, en consecuencia, el rol político y académico conceptual de desarrollo, en lo que significa esta vinculación entre cambio climático, biodiversidad, que están conectadas con los mecanismos de solución y mediación de controversias y el rol del arbitraje.

Entonces, esa base material, en cuanto a la incidencia y la importancia del Perú en materia climática y biodiversidad, nos debe impulsar, efectivamente, el Perú, en base a la experiencia desarrollada en las últimas décadas en materia de prevención y solución de controversias, en materia de arbitraje también, a generar alternativas políticas institucionales y conceptuales para esta materia.

Creo tenemos una base importante para ello, hay un interés por parte de las políticas públicas en esa materia, el Ministerio del Ambiente que lidera los procesos desde el tema de las contribuciones nacionalmente determinadas, etc., y toda la estrategia climática nos interesa, muy importante mejorar las condiciones de gobernanza de justicia ambiental y climática; y, por lo tanto, ojalá que podamos seguir intercambiando información y experiencia en el nivel de este foro, para mejorar la efectividad de la justicia ambiental y climática en esta materia.

Así que les agradezco y a disposición en las áreas que corresponda dentro del sector ambiente para seguir explorando el mejoramiento del desempeño ambiental en esta dimensión también.

Eric Franco Regio: Muchas gracias, doctor Castro. Y doctor De Paor. Algo breve para terminar, por favor.

Ristard de Paor: Pues, mirando mi bola de cristal solo puedo decir dos cosas, primero, que es muy idóneo, muy apropiado que esta conferencia esté teniendo lugar en Perú. Creo que es un país que encapsula bien todos los intereses diversos que hemos discutido hoy. Y el doctor Castro ha mencionado el caso del campesino con la RWE y es muy ilustrativo.

Por un lado, tenemos derechos humanos de ganarse la vida, derecho a la vida, a lo mejor, si no en este caso o en otro, y, por otro lado, los intereses de las empresas. Tendríamos que encontrar un término medio.

El derecho todavía está en desarrollo, pero, nosotros también, es nuestro papel en el arbitraje seguir avanzándolo de la buena manera. Y la segunda cosa, creo que ha sido lo futuro, no es necesariamente solamente ciudadanos contra empresas, hay que mirar este problema en su totalidad, y también mirar de dónde viene el dinero.

Hay un caso en Bélgica contra el Banco Central Belga. Este tipo de casos vamos a ver muchísimo más en el sector financiero. Entonces, hay que mirar este problema en su totalidad y tratar de redimirlos tomando todos los intereses en cuenta.

Eric Franco Regio: Bien, muchas gracias a todos. Hemos presentado un tema sumamente complejo de encapsular en un tiempo definido corto. Ha sido una muestra de la complejidad de ese tema tan importante que se está discutiendo a nivel mundial, en realidad, y para la cual el derecho no tiene soluciones listas, sino que el derecho se está desarrollando poco a poco, y eso es lo que estamos tratando de demostrar en este panel.

Bueno, sin nada, damos por concluido el panel.

Muchas gracias a todos por la atención.

Buenas noches.

Alonso Cassali: Muchas gracias al doctor Franco y muchas gracias también a todos los ponentes que participaron en esta mesa.

A continuación, procederemos inmediatamente con la sexta mesa que analizará el tema denominado «Arbitraje y derecho civil patrimonial».

En esta oportunidad, tendremos como moderador al doctor Gonzalo García-Calderón, árbitro y socio del Estudio García-Calderón Abogados y Asociados, y como ponentes contaremos con la participación del doctor Gastón Fernández Cruz, socio del Estudio Fernández y Vargas Abogados; el doctor Rómulo Morales Hervías, árbitro y docente del Departamento de Derecho de la PUCP; la doctora Roxana Jiménez Vargas Machuca, árbitro y consultora independiente; el doctor Leysser León Hilario, consultor de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría y el doctor Enrique Ferrando Gamarra, socio principal del Estudio Osterling & Abogados.

En ese sentido, le damos el pase al doctor Gonzalo García-Calderón, en su calidad de moderador.

MESA N.º 6: ARBITRAJE Y DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

Gonzalo García-Calderón Moreyra (moderador)

Gastón Fernández Cruz

Rómulo Morales Hervías

Leysser León Hilario

Enrique Ferrando Gamarra

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchísimas gracias, antes que nada, agradecer, sobre todo, a los organizadores. Agradecer mucho a Marlene, a Silvia, por la invitación y por la, como siempre, brillante organización y esfuerzo que han puesto para llevar adelante este congreso de arbitraje.

Tengo el honor de moderar una mesa, no solo de amigos, sino de brillantes profesionales académicos y juristas.

Lastimosamente, no nos va a poder acompañar el día de hoy la doctora Roxana Jiménez por un problema familiar, que ha pedido las disculpas del caso.

Sin más preámbulo, quiero presentar al doctor Rómulo Morales quien es profesor principal de Derecho Civil y doctor en derecho, árbitro en ejercicio. Por supuesto, autor de numerosas publicaciones, que nos va a hablar de un tema realmente complejo. Fue, probablemente, cuando se redactó la ley de arbitraje vigente, el Decreto Legislativo n.º 1071, uno de los temas que más llevó a discusión en el seno de la comisión fue, justamente, el artículo, el famosísimo hoy día, artículo 14 de la Ley de Arbitraje, que es la extensión del convenio arbitral. ¿En qué medida es posible incorporar a partes no signatarias al convenio arbitral? Y ese es, justamente, el tema del que el doctor Morales nos va a hablar, la extensión del convenio arbitral respecto a partes no signatarias y de terceros vinculados a aquellas partes.

Yo alguna vez comenté como anécdota, cuando me invitaron a un congreso a hablar de los terceros en el arbitraje, mi ponencia fue «en el arbitraje no hay terceros». Se acabó mi ponencia. El arbitraje es solo para aquellas partes que han suscrito el convenio arbitral.

Y, evidentemente, la extensión que nos comentará ahora el doctor Morales tiene una implicancia práctica, y, por supuesto, una discusión muy grande al interior de derecho arbitral peruano; y, por supuesto, en el arbitraje internacional.

Adelante, doctor Morales, cuando usted lo desee.

Rómulo Morales Hervias: Muchas gracias. Quiero agradecer al Centro de Análisis de la Pontificia Universidad Católica y a Gonzalo García por la presentación.

Bueno, el tiempo... voy a cumplir el tiempo que me han asignado.

Mi ponencia se titula «La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y terceros vinculados a aquellas partes», justamente, lo que ha dicho Gonzalo, los terceros no son partes no signatarias.

El artículo 14 de la Ley de Arbitraje señala la posibilidad de extender el convenio arbitral a sujetos que no han firmado, no han suscrito el convenio arbitral que, básicamente, coloca en tres hipótesis.

Una, aquellos sujetos o partes no signatarias que han participado activamente, pero por diferentes razones en el momento de la negociación o celebración, pues, no han suscrito el convenio arbitral.

La otra hipótesis que es también, que no genera confusión o que no genera problemática son aquellos sujetos que se benefician del convenio arbitral. Por ejemplo, un caso de una ejecución de un contrato de fideicomiso donde, pues, hay fideicomisarios que pueden ser beneficiados y hay una cláusula donde no participan los fideicomisarios, pero, sin duda, si se ejecuta un contrato de fideicomiso, pues deberían participar en el convenio arbitral.

Pero la tercera hipótesis es la que genera, quizás un análisis más detallado. Son aquellos contratos vinculados al convenio arbitral. Y quizás ahí está la discusión y aquí quiero citar, simplemente, tres estudios que se han escrito en los últimos años. Uno en el 2018, «A propósito de la extensión del convenio arbitral, a partes no signatarias y la intervención de terceros», dice así el título de este trabajo de esta profesora abogada de la República Dominicana, Fabiola Medina Garnes que, justamente, desarrolla la jurisprudencia arbitral, y cuál ha sido la experiencia en República Dominicana sobre este tema.

Y dos trabajos que también me han interesado que han escrito en Colombia, justamente, me refiero al caso, a un trabajo que se ha publicado en la Universidad Externado de Colombia.

Estos dos trabajos interesantes. Uno publicado en el 2016, de Jorge Alberto Ramírez Gómez, «La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral».

Otro que sí es, que me ha interesado bastante, que es de la profesora colombiana, Luisa María Brito Nieto, titulado «El acuerdo de arbitraje. Los sujetos no signatarios en los contratos coligados», justamente.

He visto lo que estos tienen, un poco para salvar mi exposición y dice: «De igual forma y gracias a la flexibilización mas no eliminación de la autonomía en el arbitraje, hay situaciones en las cuales no confluyen las figuras de parte material, parte formal del contrato de arbitraje, con lo cual no existiría inconveniente alguno en que el tribunal arbitral extendiera los efectos del pacto arbitral a aquellos sujetos que, si bien no son signatarios, es decir, no es parte no signataria, si son partes sustanciales del contrato de arbitraje, o, al menos, del contrato en el cual este se encuentra inserto o referido.

Entonces, la profesora colombiana Brito Nieto afronta un problema que creo que nos hemos mareado, nos hemos interiorizado que el artículo 14 del convenio arbitral, el principio que lo sustenta es el principio de la relatividad de los contratos. Justamente, esta categoría de los contratos coligados o conexos es una categoría que tiene viejo desarrollo en el derecho de los contratos desde Alemania, Italia, Portugal, Brasil, por ejemplo, que, en el Perú no ha habido un desarrollo sobre esta categoría del contrato coligado. Es decir, hay contratos que están vinculados al contrato que, en materia de una controversia arbitral, y donde hay un convenio, pero, por alguna razón, no justifica.

Hay un estudio que escribió el profesor Fernando Cantuarias, analizando algunas jurisprudencias del *common law*, y, sobre todo, la corte de arbitraje, y en este estudio él cita varios casos, y uno de esos casos que se menciona. Hay un caso que es reiterativo en esta discusión, el caso Doe Chemical versus ISOVER Saint-Gobain en París, tribunal de París, Caso CCI n.º 14131, pero este es un caso que tiene que ver con grupo de empresas. Es decir, hay una matriz y hay filiales.

Ahora, no necesariamente hemos estado frente a contratos coligados y contratos vinculados. Yo voy a contar una experiencia que yo he vivido que, justamente, puede un poco graficar más allá este caso que, en realidad, que estudia Cantuarias, que hay varios contratos, pues todos están vinculados porque hay filiales y matriz, bueno, pero no necesariamente son contratos vinculados, coligados o conexos como dicen los españoles o argentinos.

El caso que les comento es el siguiente: un contrato de concesión y hay un contrato de supervisión. Como saben que el contrato de supervisión, un contrato derivado, el contrato de concesión; y, normalmente, en los contratos de concesión se señala que la supervisión de la obra pública la va a ejecutar o la va a realizar un tercero que quien va a contratar, normalmente es un ente estatal, un organismo regulado que contratará con supervisor.

Pero, ni el supervisor, ni el organismo regulador son parte del contrato de concesión, pero, además, quien le va a pagar al supervisor no es el organismo regular, es el concesionario.

Entonces, yo tuve un arbitraje, justamente, donde quien demanda es el supervisor al organismo regulador y el organismo regulador dice: «un momentito, yo no te pago a ti, quien te paga a ti es el concesionario».

Entonces, ahí se discutió en el tribunal arbitral y se dice: «No, pero el principio de la relatividad de los contratos solo participa en el arbitraje los que han celebrado el contrato». Es decir, el convenio arbitral que está regulado en el contrato de supervisión no contempla la participación del concesionario, pero ahí justamente está el problema porque, en mi opinión sí permite el artículo 14, cuando habla de que el convenio esté vinculado a otro contrato, a otro convenio. La pregunta es, ¿acaso no está o no estaba relacionado este contrato de supervisión con el contrato de concesión? Más aún cuando el contrato de supervisión era un contrato derivado del contrato principal que era el contrato de concesión.

Peor todavía, quien le pagaba al supervisor no era el organismo regulador, era el concesionario de otro contrato. De hecho, que era una vinculación.

Este caso que le comento y los casos que menciona la profesora de República Dominicana, y los casos que se mencionan en estos dos trabajos que he mencionado frente a una nueva categoría de un contrato coligado, que se basa, fundamentalmente, no en el principio de la relatividad de los contratos, sino en el principio de la autonomía privada. Justamente, la autonomía privada tiene un aspecto, que es la libertad, como decía Manuel de la Puente y Lavalle, la libertad de confirmación interna. O sea, son los sujetos que establecen las cláusulas; estas cláusulas van a tener efectos, no solo a las partes, sino a terceros mismos, como el ejemplo que he colocado.

Es decir, en la ejecución del contrato de supervisión, sin duda, está su contraparte que es el organismo regulador, que es una entidad estatal, pero para que funcione este contrato de supervisión, tiene que funcionar el contrato principal, que es el contrato de concesión.

Y, si la retribución que va a recibir el supervisor de la obra pública, no del organismo regulador, sino del concesionario, qué mayor participación que este concesionario en el arbitraje porque, finalmente, el laudo va a decir, páguese, si es que gana como supervisor, pero quién va a pagar. O sea, ese laudo se va a ejecutar contra el organismo regulador, cuando no es deudor de pagar la retribución. ¿Quién es deudor? Es el concesionario. Entonces, dice: «No, pero el artículo 14 de la Ley de Arbitraje se basa en el principio de la relatividad de los contratos».

«No, señor, el artículo 14 también se basa en el principio de la autonomía privada, y si la autonomía privada es que se establecen cláusulas contractuales, cuyos efectos van a vincular a las partes del contrato, pero también a terceros».

En mi opinión, no hay ninguna justificación, como en el caso que les comento, o no había, es un caso que yo hice un voto en discordia sobre este tema, no había justificación para no incluir al concesionario del proceso arbitral.

Entonces, creo que esta interpretación que ya se está abriendo paso, poco a poco en la doctrina arbitral, que hay que tomar en cuenta esta categoría de los contratos conexos; y, por lo tanto, se puede extender en el convenio arbitral, no solo a las partes no signatarias, no solo a los terceros beneficiarios, sino a que ellos, sujetos contratantes que son ajenos al contrato y más que terceros son partes contractuales, probablemente, que no forman parte del contrato, pero como dije en mi exposición, son terceros vinculados a las partes contratantes.

Entonces, esta nueva hipótesis de tercero vinculado a las partes, por ejemplo, los contratos conexos, los contratos coligados, es una clara posibilidad de repensar esta situación; y, sobre todo, no todo el artículo 14 de la Ley de Arbitraje tiene vinculación al principio de relatividad, si no, al contrario, se puede añadir como un presupuesto análisis del principio de la autonomía privada para poder permitir la incorporación de los contratos conexos como aquellos contratos que pueden estar vinculados;

y, por lo tanto, los convenios arbitrales se podrían extender a estos contratos conexos o coligados en una controversia arbitral.

Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchas gracias a ti, Rómulo. Mira, sobre o que acabas de exponer hay un tema que me gustaría comentarte y saber tu apreciación, dentro de los minutos que nos quedan. Ya está sucediendo en el Perú que hay arbitrajes dentro de la línea de lo que tú has comentado. Por ejemplo, las prestadoras de salud tienen celebrados contratos con sus asegurados, pero, a la vez, las empresas prestadoras de salud celebran contratos con las clínicas privadas para que sus asegurados se atiendan en las clínicas privadas. Y cuando hay un conflicto, el asegurado solo puede demandar de manera autónoma o a la empresa prestadora de salud, mas no a la clínica con la cual no tiene un convenio arbitral porque su contrato es con la empresa prestadora de salud, lo cual va en la línea de lo que tú comentas, de que tratándose de ... y eso es lo que quería preguntar. Si ese es el ejemplo clásico, de un contrato coligado y si deberíamos expandir y hacer extensivo el artículo 14 a este tipo de casos.

Rómulo Morales Hervias: Sí, el ejemplo que tú pones es un caso perfecto de contrato vinculado o coligado, así como cuando uno compra un automóvil, celebra un contrato con el banco para el financiamiento y celebra un contrato con la concesionaria. Uno diría, son contratos separados. No, pero, muchas veces, el banco financia porque tiene un convenio detrás con la concesionaria, y el ejemplo que tú pones es un caso perfecto.

Si hay una controversia, debería participar la clínica y el asegurador, sin duda, pero, evidentemente, esto involucra interiorizar esta categoría de los contratos coligados o conexos en nuestro derecho arbitral porque, finalmente, los contratos se basan en principios, y si creemos que la imposibilidad de incorporar a terceros vinculados a las partes, por el principio de la relatividad, estamos muertos.

Tenemos que incorporar la autonomía privada porque si, justamente, las cláusulas contractuales están pensadas para que el contrato funcione, no solo con dos partes, sino con muchos sujetos contratantes, es claro que debería permitirse en una controversia, incluir en el ejemplo que tú pones perfectamente, no solo a la clínica, sino también al asegurador.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: Muchísimas gracias, Rómulo. Interesante.

Vamos a dar pase al siguiente panelista. Me cabe el gratísimo gusto de presentar a mi compañero, además, de clase en la Universidad Católica. Abogado, por supuesto, docente principal de la Facultad de Derecho de la Católica, presidente del grupo de trabajo encargado de la revisión del Código Civil vigente; árbitro en ejercicio.

Y va a tocar Gastón un tema vinculado al que ha tocado hace unos minutos el doctor Morales, respecto, justamente, a la cesión del contrato y el convenio arbitral, teniendo como premisa fundamental lo que todos ustedes que están presentes saben perfectamente del principio de separabilidad del convenio arbitral respecto al contrato que la contiene, con lo cual, este tema de la cesión del contrato, y el convenio arbitral tiene una particular importancia que nos va a disertar el doctor Gastón Fernández.

Adelante, por favor.

Gastón Fernández Cruz: Muchas gracias, Gonzalo. Siempre un gusto estar contigo, aun a la distancia ahora. Y, obviamente, un agradecimiento a Marlena y a Silvia por la organización de este congreso.

Sí, en realidad, la problemática de la cesión, y, en realidad, iba a hablar de la cesión, en general, tanto de la cesión de créditos como de la cesión del contrato. Es uno de los temas más álgidos, y

discutibles en términos arbitrales; y, sobre todo, para aquellos que pueden no manejarse o no dominan muy ampliamente el derecho civil porque es bastante controvertible.

Y, justamente, como dice Gonzalo, en primer lugar, habría que ver claramente el tema de la situación jurídica del convenio, justamente, y del principio de separabilidad del contrato.

Porque, claro, cuando uno le pregunta algo a una persona que se dedica exclusivamente al arbitraje, pero no tiene una base de práctica de conocimiento profundo del derecho civil, la respuesta va a ser sí, el convenio arbitral es separable del contrato, y además hay una norma que indica que es, y habla de la separabilidad de lo que es el convenio arbitral.

Pero, más allá de eso es importante entender y tener en cuenta que, civilmente hablando, es conveniente saber siempre que el poder de autonomía privada, como sabemos, faculta a las partes a diseñar esto que hemos llamado cualquier tipo de reglamento contractual, que resulte, pues, acorde a la satisfacción de los recíprocos intereses de las partes.

Y por esto, en realidad, el convenio arbitral, por lo general, como sabemos, tienen una naturaleza que es de cláusula contractual. Independientemente, claro está que puede tener una autonomía fuera de un contrato determinado. O sea, puede existir en un documento distinto al contrato. Pero la normalidad, o la habitualidad es que el convenio habitual siempre esté inserto como cláusula de un contrato determinado.

Al respecto, por ejemplo, por eso, Rómulo nos recordaba que la cláusula es la unidad elemental del texto; y, por consiguiente, el reglamento contractual. Es una disposición homogénea con la cual las partes regula un determinado aspecto de su relación nacida, justamente, de un contrato.

Y, en ese sentido, el concepto de cláusula puede ser y debe ser visto desde dos puntos de vista de un contrato, el formal y el sustancial.

Desde un sentido formal es sencillo entender que el contrato se refiere, en general, al conjunto de las declaraciones forman parte de un acuerdo contractual, y en donde, entonces, la noción de cláusula, en un sentido formal, sirve exclusivamente para referirnos a cualquier proposición del texto contractual. Ahí está la cláusula «X», la cláusula fulana, la cláusula sutana.

Pues, desde un punto de vista contractual, el contenido del contrato debe ser entendido como el conjunto de las disposiciones contractuales, mediante las cuales, los contratantes determinan la relación contractual. Y, en ese sentido, el vocablo «cláusula» es entendido como aquella que tiene por fundamento la naturaleza perceptiva del acto de voluntad.

¿Y a qué se refiere esto? Justamente, entonces, hablando de este punto de vista de carácter sustancial de las cláusulas contractuales, podemos perfectamente diferenciar dos tipos de cláusula: la cláusula negocio versus la llamada cláusula parte.

La cláusula parte, pues, es aquella que está referida al reconocimiento de una parte de un reglamento contractual y que reconoce, eso es lo importante, una causa única negociada.

Si tenemos un grupo, digamos, un reglamento contractual formado por diferentes cláusulas. Entonces, forman un todo unido por una única causa.

En cambio, la llamada cláusula de negocio es entendida como aquella que tiene una individualidad y una causa propia que difiere estrictamente de la causa general del contrato. Y, en este sentido, entonces, hablar de la cláusula negocio se refiere a un precepto negocial autónomo, es decir, un elemento del contenido, al cual, a pesar de la compleja unidad de las estipulaciones contractuales, le corresponde un propio efecto jurídico.

Por esto sí quiero, dice en Italia, respecto a las decisiones de las nociones de cláusula parte y cláusula negocio, que la primera se encuadra, pues, en la unidad negocial bajo el perfil de la misma causa, mientras que la segunda, se caracteriza por su función propia, que son específicos negocios autónomos, como el caso, justamente, del convenio arbitral, por lo que a la denomina cláusula negocio se le conoce también con el nombre usual de cláusula autosuficiente. Que es el término que, normalmente, la doctrina comparada usa para referirse a este tipo de textos.

En ese sentido, es importante, pues, recordar que, desde el punto de vista, entonces, la naturaleza civil contractual del convenio arbitral, este constituye justamente, una cláusula autosuficiente como hay muchas otras que son usuales en términos de los programas contractuales, junto a la cláusula arbitral.

Ustedes recordarán que es usual, por ejemplo, en un diseño y un programa contractual, hablaron de la cláusula penal, por ejemplo, hablaron de la cláusula de confidencialidad, la cláusula de irresponsabilidad, la cláusula de indemnidad, o la cláusula de ley aplicable. Si son básicamente supuestos diversos que he enunciado sobre los cuales estrictamente se refiere a la posibilidad de esta separabilidad del convenio arbitral desde el punto de vista civil porque constituye justamente una cláusula autosuficiente del contrato.

Bien, esto es importante porque tiene una incidencia con la posibilidad que vamos a ver inmediatamente sobre la cesión de, finalmente, de alguna estipulación del contrato o del contrato todo.

Se ha escrito poco, digamos, sobre esta materia en el Perú. Recuerdo, básicamente, un artículo del señor Jesús, el abogado Jesús Córdova Schaeffer, que ella a una conclusión al respecto, señalando que, según él, todos los casos de cesiones que implican la transmisión, o de cualquier otro que implique la transmisión de derechos y obligaciones de la parte, se debe presumir en él que en el convenio arbitral se transfiere con ello. Si con el acto de la cesión se transfiere el convenio arbitral, salvo que las partes acuerden expresamente lo contrario.

Y esto hay que verlo con cuidado, porque creo que enteramente no es una afirmación que pueda ser realizada como una conclusión de mi parte. Y, en primer lugar, por ejemplo, habría claramente que diferenciar en la cesión de derechos o la cesión de créditos, porque la instalaron esta cesión de derechos que trajo el Código de 1984, una figura un poco extraña en términos de la doctrina comparada.

La cesión de créditos es, me ha pasado, obviamente, es la cesión de posición contractual; la cesión del contrato.

En la cesión de créditos tenemos claramente que el contrato base se mantiene, como sabemos, y es uno de los supuestos contenidos en el programa contractual que es un crédito determinado y que es cedido a un tercero. El contrato base versus el contrato de cesión, se entrecruza.

Lo usual es que el contrato de cesión contenga su propio convenio arbitral y ahí no hay mucho problema, y la problemática no se presenta, pues, en la discusión entre cesionario y después un cedido, fundamentalmente. Los problemas se presentan en función al cedente, y que, estrictamente, es importante tenerlo en cuenta y que ha sido descuidado en la doctrina comparada y nacional.

La pregunta muy claramente es si el cedente puede, finalmente, intervenir o no en términos de lo que es el convenio arbitral que estaba en el contrato base, por un lado, y que, finalmente, ha sido cedido solo el crédito a favor del cesionario, y viceversa. Fíjense que es también muy importante que es un caso arbitral que yo tuve, también, y en donde el cesionario y el deudor cedido pretendieron modificar el convenio arbitral contenido en el contrato, sin la intervención del cedente. Y son problemáticas muy interesantes.

Por regla general, fíjense, yo conozco un laudo que, finalmente, fue resuelto en mayoría, pero en el sentido en que yo concuerdo que, en la cesión de créditos, como el contrato base se mantiene estrictamente, tendríamos muy claramente que el cedente tiene la intervención muy clara en esto porque hay que recordar que aquí sí en base a la ponencia que ha dado Rómulo hace un instante, ha sido y es parte signatario del convenio arbitral.

Y, por lo tanto, el cedente forma y siempre ha formado parte; y, es más, si el contrato base permanece, es claro que el cedente puede intervenir.

Pero, yo sostengo, además, que puede intervenir, incluso, en la cesión, fíjense ustedes, sobre la base estrictamente del convenio base, sobre el convenio que está en el contrato base. Y esto, justamente, porque podría perfectamente exigir bajo el artículo de extensión, del artículo 14, finalmente, de la Ley de Arbitraje, de extensión del convenio arbitral, alguna intervención que, finalmente, derive derechos que puede que, inclusive, puedan ser, incluso, pedir que se haga, que se ejecute la deuda en favor del que ha concedido a favor del nuevo acreedor.

Y esto es normalmente, sin embargo, una posición que, si bien hay poco predicamento, poca literatura jurídica al respecto, hay cierto consenso en entender que si el contrato base contiene el convenio arbitral y este se mantiene, por lo tanto, el cedente está perfectamente habilitado para, obviamente, invocarlo, y a su vez, no podrían pretender el cesionario y el deudor cedido, modificar el convenio, fíjense, el convenio arbitral en el contrato base, imagínense, un supuesto en el que no han pactado, pues, finalmente, un convenio en el contrato de cesión, sin intervención del cedente, pues, estarían modificando *allatis*, que, finalmente, involucran una parte signataria que, finalmente, no podría tener el alcance o intervenir en la modificación de este convenio arbitral indicado en el contrato base.

El problema más diverso, más agudo es el de la cesión del contrato. Que, en realidad, en la cesión de contratos, sabemos lo que eso implica, que, finalmente, tenemos, claramente, una intervención en donde el cedente se aparta del contrato, y consecuentemente es reemplazado por el cesionario que pasa a ocupar su lugar.

En general, los civilistas decimos, pues, es como si el señor cedente hubiese dejado sus zapatos y viniera otro a sentarse en esa posición.

Eso no es plenamente tampoco cierto decir se fue el cedente y finalmente, no hay nada más que pueda hacer, ni siquiera invocar un convenio arbitral del cual él fue y sigue siendo signatario. Ustedes se dan cuenta, por más que haya salido del contrato.

Y esto es importante tenerlo en cuenta porque, en primer lugar, la cesión de contrato es también... tiene su problemática muy clara.

En primer lugar, los efectos que produce la cesión del contrato, en términos generales, son efectos *ex nunc*, es decir, no son retroactivos. Entonces, en consecuencia, en primer lugar, es evidente que el cedente puede invocar perfectamente el convenio arbitral, el contrato base, del cual ha salido para todo aquello que, finalmente, todavía resulta para él responsabilidad, o es de su responsabilidad, dado que no tiene efecto retroactivo en la cesión de contrato.

Pero, inclusive, aun cuando se hubiese pactado, fíjense ustedes que esta cesión es transferida con efecto retroactivo o, en su defecto, con efectos *ex nunc*, y se produce un evento que suscita una problemática respecto a lo que es, finalmente, los efectos materia ya de la cesión, también podemos discutir muy detalladamente en otra oportunidad, claramente, porque estamos haciendo un resumen general del tema, dado el tiempo que se nos ha pedido respetar y es que, en ese sentido, vamos a ver que, justamente, el cedente también podría perfectamente, tener cierta incidencia como tercero interesado, y que podría, en principio, tener algunos derechos derivados o invocar algo al respecto, a lo que estrictamente es ese contrato del cual ha salido.

Y para esto, ahí sí, al haber salido, digamos, lo que tendríamos que discutir es que si su intervención, en realidad, es o puede ser a título de parte signataria, en términos porque no hay duda de que celebró el convenio, suscribió el convenio en su momento, o, en su defecto, al haber salido, al ser reemplazado en la posición contractual por el cesionario, si su intervención invocando algún derecho, estrictamente, [...] sería en calidad de parte no signataria.

Podríamos establecer una serie de elucubraciones y les decía ya me estoy pasando el tiempo. La temática que, en realidad, he hecho una pincelada es bastante profunda y fue contratada en términos de la doctrina comparada, y la doctrina comparada arbitral porque, permítanme que les diga, o sea, en realidad, requiere un conocimiento civil muy fuerte, muy sólido para estrictamente discutir los alcances, justamente, en el convenio arbitral de la cesión, sea en la cesión de créditos, o sea en la cesión de contratos.

El tema, me disculparán, en realidad, podría dar claramente para una disertación completa, digamos de un ponente exclusivo así que me quedo un poco porque me he pasado un minuto y medio del tiempo que se me pidió respetar.

Y, finalmente, les quiero dejar planteado, por lo menos, la problemática y en torno a lo que es la cesión, sea la cesión estrictamente del crédito o sea del contrato.

Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: No, muchas gracias a ti, Gastón. No da para la repregunta, así es que voy a pasar de frente con nuestro tercer panelista, el doctor Leysser León, es doctor en derecho por la Escuela de Santa Ana de Pisa, profesor principal de Derecho Privado de la Católica, árbitro reconocido; y, por supuesto, autor de diversas publicaciones y gran amigo y mejor persona.

Él nos va a hablar de un tema sumamente interesante, que es el relativo a la autonomía testamentaria y arbitraje, un poco en la línea de lo que vimos en el panel anterior, es decir, cómo el arbitraje puede, por su porosidad, por la posibilidad de adecuarse a una serie de instituciones o categorías jurídicas, entrar a resolver conflictos en materia de esta índole.

Hace, antes de la vigencia de la ley actual, yo, probablemente en mis clases decía con absoluta claridad y tajantemente que el arbitraje no se podía aplicar en temas de carácter sucesorio porque consideraba que era un tema de orden público. En todo caso, se podría en el tercio de libre disposición.

Sin embargo, la ley ha considerado el arbitraje sucesorio, y sobre ese interesantísimo tema nos va a hablar el doctor Leysser León.

Adelante, por favor.

Leysser León Hilario: Muchas gracias, querido Gonzalo por tus palabras de presentación. Gracias a Marlene y a Silvia por, no solamente su dedicación a la organización del congreso, sino por la deferencia de haber ya reiteradamente, haber preparado un espacio para vincular el arbitraje con los temas de derecho civil clásicos que siempre, en realidad, mantienen una actualidad, como el caso de la autonomía testamentaria: el derecho de sucesiones.

Creo que el tema, como adivinándonos la mente con el profesor Fernández, no podía haber sido mejor elegido porque él ha culminado su exposición haciendo un llamado a tener muy presentes las instituciones de derecho civil también, obviamente, en el caso de la práctica como árbitro.

Nosotros, desde hace mucho tiempo, lo sabe bien el presidente de la mesa, hemos insistido en la necesidad de que los árbitros asuman la tarea de conocer e instruirse en la materia sobre la que se pronuncian. Este es un cometido, este es un compromiso moral, deontológico, que va mucho más allá de la formación en arbitraje.

Existe, por supuesto, una necesidad de conocer en todas sus aristas la mecánica de la inversión privada, pero, igualmente, un compromiso de, tal vez, no dominar, pero sí instruirse con profundidad y responsabilidad en las materias sobre las que estamos llamados a pronunciarnos cuando recibimos el honroso encargo de desempeñarnos como árbitros.

Dicho eso, voy a realizar la exposición. Vamos a hablar del arbitraje testamentario.

Como ha dicho nuestro presidente de mesa, el Perú ha dado un importantísimo paso con la ley de arbitraje, al reconocer el arbitraje sucesorio.

Sobre esto se ha discutido muchísimo en la experiencia internacional en la línea, señalada por el doctor García-Calderón, en la línea de rechazar de plano, incluso, los expertos en derecho de sucesiones de combatir la posibilidad de que la justicia privada se introduzca en el campo de las sucesiones.

Y se ha hablado con más insistencia que en el Perú tengo que decirlo también, a la vista de la facilidad con la que el arbitraje sucesorio se ha desarrollado entre nosotros, se ha hablado muchísimo del orden público. No hay duda, en los países que reconocen la legítima, de que la legítima es, al estar reconocida las sucesiones, constitucionalmente, es de orden público, por lo tanto, de ninguna manera, podría el arbitraje establecido por el propio testador, comprender los aspectos de la legítima.

En cambio, como vamos a ver en la exposición, en nuestro país, la ley, es decir, una norma equiparable al Código Civil, que regula las sucesiones, permite que, mediante estipulación testamentaria, se disponga el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, valoración, administración y partición. No se permite en la práctica ni en España, ni en Italia, los países cuyas culturas son más cercanas a nosotros por dos razones: en el caso de España por el arbitraje y por las sucesiones.

El Código Civil peruano tiene una notable influencia del Código Civil italiano. Lo sabemos muy bien, profesor Fernández, Rómulo que está presente, por supuesto, Enrique, por supuesto, el doctor Gonzalo García-Calderón, pero donde no se puede negar que España ha mantenido su presencia cultural y jurídica en nuestro país, junto con el derecho de familia, derechos reales, el sistema de Registros Públicos es, naturalmente, en el derecho sucesorio. Todos los siglos de la colonia no fueron en vano.

Cuando se han hecho los Códigos Civiles, ha sido imposible apartarnos de algunos de los modelos establecidos también durante la dominación española.

La regla de la ley es completamente amplia, permite que cualquier controversia no esté escrita en perspectiva de limitar, al contrario, está escrita en perspectiva de darle amplias libertades ¿a quién? Al protagonista de este fenómeno del arbitraje testamentario, una persona a la que muchas veces en nuestro país, no solamente en la práctica de la justicia privada, sino también en el propio mundo de los juicios se suele dejar de lado. Perdemos de vista que el testamento es el negocio por excelencia de última voluntad que, al interpretarlo, al ejecutarlo, estamos respetando la voluntad y los deseos, los designios, por más que no nos gusten de una persona que ya no está entre nosotros.

Creo que esa es una de las razones por las cuales en nuestra práctica se va difundiendo cada vez más este sistema.

No ha sido con motivo de la pandemia. Debo reconocer que profesionalmente hemos, dentro de lo que es el servicio profesional, para la elaboración de testamentos, sí, un notorio incremento porque la pandemia ha mostrado a todo el mundo lo fugaz, lo efímera que puede ser la vida, y hemos tenido casos de personas muy jóvenes, incluso, que se han acercado a decir que desean ordenar su patrimonio. Y que la frase casi es ineludible, que no desean que sus sucesores afronten ningún problema, que quieren dejar todo ordenado.

Y, por supuesto, uno conoce a los familiares o tiene una idea que es la que el testador nos encarga cuando nos piden ayudarlo en la relación de su testamento, y no estoy hablando de personas mayores de edad, reitero. Estoy hablando de personas que han apreciado esta necesidad y conveniencia de dejar escrita su última voluntad a raíz de los sucesos lamentables que todos nosotros conocemos, y que todavía siguen estando presentes entre nosotros.

Entonces, esas personas nos escriben a sus familias, nos hablan de una unidad familiar, pero son conscientes de que por el patrimonio que poseen, podrían en el futuro originarse desavenencias entre sus herederos. Y esa posibilidad es una que los preocupa, y es una posibilidad que quieren solucionar, a través de las disposiciones testamentarias que deben ser muy claras, pero, además, con mecanismos de solución de conflictos, que sean eficaces; y, en primer lugar, dentro de este cuadro veloces, celeridad en los modelos de cláusula arbitral que se incluyen en los testamentos, se escribe casi siempre una cláusula que, a veces, es un tormento para los árbitros de que la decisión tiene que estar en seis meses desde que inicia el arbitraje, a veces, un tiempo mucho menor.

Hay un famoso caso que creo que es uno de los que más ha tenido duración en nuestra práctica arbitral muy conocido. No voy a mencionar ni a sus protagonistas como árbitros ni al fallecido, por supuesto, pero ha sido un arbitraje testamentario que ha durado más de diez años.

Pero, obviamente, no se prevé eso. Es natural que el testador indique que la solución sea rápida. Les interesa mucho a los testadores la confidencialidad. El arbitraje garantiza el secreto, garantiza no estar en el ojo público, a diferencia de los juicios.

Es un vehículo el arbitraje para que se defienda absolutamente la preeminencia de la voluntad del testador. El uso de cláusulas penales muy difundido en Italia, en España. Al testador, y esto, incluso a nivel jurisprudencial no le está vedado establecer penalidades para aquellos de sus herederos que impugnen su decisión, que vayan contra su decisión de resolver sus controversias en arbitraje.

¿Cómo es que se logra que estos herederos participen de la cláusula penal siendo un instrumento de convencionalidad? Como dice, desde las primeras páginas de su monografía sobre la cláusula penal, el doctor Fernández.

Se ha logrado interpretando la aceptación de herencia como una manifestación de voluntad, de ceñirse a lo que el testador establece. O sea, que, si utiliza la interpretación de la manera correcta, no para cancelar la decisión del testador y ponerle una bomba y hacerla dinamitar. Lo que se hace es utilizar las categorías para hacer sobrevivir la voluntad del testador. Hacer eficaz la voluntad del testador, que es la misión del intérprete de negocios jurídicos, en general, y que, a veces, se olvida porque buscamos los puntos sobre las íes para deshacer el acuerdo.

Y, finalmente, se utiliza el arbitraje de conciencia. No puede estar expuesto el testador a los límites del arbitraje de derecho porque eso podría dar lugar a que toda la materia que considera que debe estar sometida a arbitraje, se vea seriamente reducida por las limitaciones de orden público que he mencionado al comienzo de la exposición.

Qué límites se reconocen. Son muy pocos, pero los que han dado lugar a controversias son los siguientes, en la experiencia extranjera que he podido revisar. Les repito que me he limitado a aquella que es más cercana a la nuestra. Así es que, si revisas jurisprudencia inglesa o textos ingleses sobre arbitraje hereditario, la libertad es total porque el testamento es libre. En el testamento no hay límites. Se puede dejar la fortuna, como decía en los ejemplos de su clase, en la universidad, el profesor Gastón Fernández Cruz, a una fundación que tiene a su cargo la custodia de una mascota, por ejemplo.

No hay límites para el testamento, y, por lo tanto, no hay límites para el arbitraje tampoco.

El testador no puede nombrar al árbitro. Eso está descartado. El nombramiento del árbitro tiene que realizarse a través de un centro o tiene que decirse que va a ser el resultado del acuerdo entre

los herederos, y si ellos no están de acuerdo, incluso, pueden intervenir los abogados que han colaborado en la elaboración del testamento o el estudio de abogados que ha prestado el servicio para la elaboración del testamento.

Y existe un impedimento también para interferir en las normas sucesorias que se consideran de orden público.

¿Cuáles son ellas? La legítima, la colación y algunas otras como, por ejemplo, serían la validez, la oponibilidad plena de las disposiciones en favor del alma, que son un clásico del derecho español, las disposiciones espirituales que el testador haya incluido en su testamento y que deben ser celosamente rescatadas.

En el año de la pandemia, el Tribunal Supremo español en, probablemente, el más importante caso histórico sobre posible anulación de un laudo arbitral sobre testamentos. Un laudo arbitral en el que se ha pronunciado el tribunal arbitral sobre la distribución de la herencia se ha pronunciado sobre la colación, se ha pronunciado asignando y ya inequívocamente, en definitiva, ciertos bienes, ha dado certeza a las disposiciones testamentarias.

Aquí he incluido, bueno, no voy a leerlo. Es la parte en la que el Tribunal Supremo, pone lo que ha concluido el arbitraje, incluso, la parte de las costas también la incluye. Todo lo que ha dicho el laudo ha sido impugnado. El Tribunal Supremo no ha cuestionado nada. Ha dicho que la aceptación de la herencia supone un acto propio.

Tanto el profesor Morales Hervías como yo hemos combatido la teoría de los actos propios teóricamente en múltiples seminarios y a través de nuestros escritos por el abuso que se ha hecho de esta doctrina.

Pero no hay cómo desconocer que la teoría de los actos propios ha ganado un espacio en el procedimiento arbitral alrededor del mundo.

Entonces, está muy bien que en España, además, es indiscutida la teoría de los actos propios, los jueces hayan considerado aquí que el hecho de aceptar la herencia, haber participado del arbitraje, no haber cuestionado dentro de un plazo la disposición del testador, en el sentido de reenviar a la justicia privada su sucesión, significa que el laudo ha sido bien emitido y la sentencia, en efecto, ha culminado sin anulación de laudo.

Es muy interesante leerla, es una sentencia algo extensa. Son casi veinte páginas y tiene la particularidad de ser una sentencia que se ha ponderado durante el año de la pandemia.

La demanda ingresó en enero del año 2020 y se ha seguido todas las audiencias y todas las audiencias y todas las actuaciones de manera virtual, como también está ocurriendo entre nosotros, en el mundo del arbitraje y en el mundo de la justicia ordinaria.

Voy a terminar mostrando un modelo de un testamento reciente que hemos preparado, tiene cláusulas que son, obviamente, bueno, la persona, por cierto, a la que le he preparado este testamento le he informado que voy a mostrar algunas de las cosas que hemos preparado para ella. Hay muchas más asignaciones, disposiciones dentro de, por ejemplo, elige o le da un papel importante al estudio en la ejecución de su última voluntad.

Pero eso no viene al caso, basta señalar que se hace una remisión al Decreto Legislativo, a la regla donde está establecido que es posible el arbitraje sucesorio. Se hace mención de la competencia que van a tener los árbitros para interpretar el testamento, para realizar el inventario, para valorizar, administrar y partir los bienes, estamos dentro de lo que no es atentado contra la legítima, conociendo el derecho, y esto es bien importante, como es un arbitraje de conciencia, el respeto *post mortem* de los acuerdos celebrados con sus hermanos, en este caso, sobre la gestión del accionariado en nuestras

empresas familiares, como es una familia con un nombre en el mundo empresarial, y en paralelo, han elaborado protocolos familiares para la gestión de sus empresas en las siguientes generaciones de su apellido paterno.

Entonces, qué mejor oportunidad que el testamento, la última voluntad y esta cláusula para hacer también que entre dentro de la competencia de los árbitros bajo arbitraje de conciencia, el valor que pueden tener los protocolos familiares que en el Perú todavía se encuentran a la espera de ser regulados, y reconocidos como vinculantes por la legislación.

Es una práctica que no puede ser impedida, es una práctica importante que da seguridad y garantiza para las personas que crearon un patrimonio, que crearon una empresa, que batallaron toda su vida, para poder lograr una posición, generando puestos de trabajo, así es como ellos valoran su esfuerzo, puedan tener alguna seguridad, por lo menos, de que su legado se va a mantener en el futuro.

Se escoge el centro de arbitraje, se puede incluir en esta cláusula que el árbitro, porque siempre se utiliza o se tiende a utilizar árbitro único, que el árbitro sea elegido por el centro y que sea una persona experta en sucesiones. Que sea un arbitraje de conciencia no significa que se pueda atentar contra las reglas de orden público. Creo que sobre eso ha habido siempre un debate. Hay quienes piensan que el arbitraje de conciencia es una licencia para poder ir, incluso, contra las normas de orden público.

Al margen de ese debate, si es que se utiliza esta cláusula arbitral para conducir al mundo de la justicia privada las controversias sobre sucesiones, no hay razón para excluir la posibilidad de que el centro elija dentro de sus árbitros expertos en sucesiones.

Y, finalmente, se puede también disponer que los costos administrativos y todo lo demás se cargue a la propia masa hereditaria del testador, con lo cual evita impedirle el ejercicio de sus derechos de defensa a sus herederos, si es que algún heredero recibió menos que el otro, por ejemplo.

Y, simplemente, los costos de defensa y patrocinio están a cargo de cada uno de los herederos que participen en el arbitraje.

En suma, el arbitraje sucesorio en nuestro país es una muy buena alternativa para, no solamente garantizar la confidencialidad, la celeridad, la eficacia en la solución de las controversias a una persona que dispone para después de su vida, cómo es que se va a distribuir su patrimonio, sino que también es una excelente ocasión para recordar la importancia en el derecho civil y en el derecho sucesorio, en particular, de respetar absolutamente como un verdadero compromiso de los abogados y de quienes intervengan en la elaboración de los negocios testamentarios la voluntad del testador.

Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: No, muchas gracias a ti Leysser, y por el cumplimiento exacto del tiempo.

Como dicen los gringos, *last but not least*.

Doctor Enrique Ferrando nos va a... primero la presentación. Es árbitro de diversas nóminas de los centros de arbitraje del Perú e internacional. Ha tenido multiplicidad de arbitrajes, tanto nacionales como internacionales y es catalogado de manera recurrente entre los más importantes árbitros del Perú.

Kike nos va a hablar sobre un tema que iba a decir novedoso, pero, en realidad, venimos batallando con él desde hace varios años los árbitros con el Poder Judicial, y es el tema respecto a las decisiones de equidad en los arbitrajes de derecho y el estándar de motivación exigibles en él.

Es un tema interesantísimo que lo hemos dejado, justamente, para el final, para que cierre con broche de oro el doctor Ferrando estas exposiciones.

Además, da gusto porque todos los expositores tienen sus bibliotecas atrás de ellos, con lo cual demuestran una erudición espectacular para este panel.

Adelante, doctor Ferrando.

Enrique Ferrando Gamarra: Muchas gracias, Gonzalo. Gracias a ti, Marlene, Silvia, al centro por la organización de este evento, y, además, por haber promovido temas bastante originales. Originales en el sentido de que suelen, en este tipo de congresos, tratarse temas muy procesales del arbitraje, y ahora lo que estamos examinando es cómo el derecho civil interviene y afecta el proceso arbitral.

Es de lo más interesante esto y, bueno, tremenda responsabilidad la que tengo de cerrar, no sé si con broche de oro, pero, por lo menos, voy a tratar de poner el tema sobre la mesa y que todos me puedan seguir en la problemática que tiene este tema.

Yo he elegido este tema porque tengo una enorme preocupación, y la tengo de los dos lados. La tengo como árbitro cuando me toca enfrentar, y también la tengo como abogado cuando me toca defender una posición en la que se está discutiendo un tema de daños dentro del arbitraje.

Y, ¿de qué se trata?

No quiero distraerme demasiado hablando del estándar de motivación que es, en sí mismo, todo un tema de discusión en donde, hasta ahora en el Perú no nos ponemos de acuerdo cuál debe ser ese estándar, los árbitros, los que estamos del lado de los tribunales arbitrales tenemos el sesgo del árbitro, y, entonces, pensamos que la motivación no debe ser tan estricta.

Y cuando vamos al Poder Judicial nos encontramos con el sesgo de los jueces que dicen: «No, no, no, acá tenemos que aplicar criterios que sean equivalentes al de una sentencia judicial».

Y también tenemos el sesgo de las partes litigantes y de los abogados defensores que, según, como venga la mano, van a defender un estándar más estricto o menos estricto, según eso pueda contribuir o no a lograr la anulación del laudo o a lograr que el laudo prevalezca y no sea anulado.

Pero no quiero distraerme en el tema del estándar de motivación propiamente, sino cómo juega ese estándar de motivación en decisiones de equidad que se toman en arbitrajes de derecho. Y ojo, estoy planteando decisiones de equidad, no en arbitrajes de conciencia, sino en arbitrajes de derecho. Veamos cómo juega el tema.

Primero tenemos que en la Ley de Arbitraje se establece que todo laudo debe ser motivado, salvo que las partes hayan pactado que eso no es necesario. Yo, honestamente, en mi experiencia arbitral en Perú y en algunos arbitrajes internacionales, nunca he visto un pacto en el que se exonere de la motivación a los árbitros, pero sí he visto ese tipo de pactos, por ejemplo, en el derecho anglosajón.

No he tenido la oportunidad de participar activamente en esos arbitrajes, pero sí en la formación del contrato, y ahí es más común decir: «Oye, el arbitraje, le encargamos al árbitro que tome la decisión y no tiene que dar ninguna razón, ningún motivo. Pero no he tenido esa oportunidad siendo árbitro, por ejemplo, y tampoco en contratos en que yo haya redactado.

Entonces, no toquemos esa parte, vamos a concentrarnos en el hecho de que tiene que haber motivación y no entremos a la discusión de cuál debe ser ese estándar, simplemente, tiene que haber motivación.

El Tribunal Constitucional ha establecido, ha relacionado el deber de motivación de los laudos arbitrales al artículo 139 de la Constitución, que establece cómo las garantías de la administración de justicia que el laudo tiene que ser motivado. Pero no discutamos más, tiene que ser motivado. Y hay, además, jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional que explica cuál debe ser ese estándar, y además es un poco menos tremendista de lo que, a veces, solemos explicarlo porque lo que se dice en esta jurisprudencia es «tiene que haber una justificación suficiente de la decisión que se está adoptando. Una justificación suficiente. No de menos, no tiene que ser ampulosa, no tiene que ser demasiado amplia, debe ser suficiente. Hay que explicar cómo uno llegó a la decisión. Y si la explicación no aparece del propio texto de la decisión, entonces, está mal motivado o está insuficientemente motivado, y, por lo tanto, se puede obtener la nulidad de ese laudo por insuficiencia en la motivación.

Así es como están las cosas. Ese es, digamos, el marco con el cual nosotros entramos al tema.

Ahora bien, vamos a dejar por un momento estas premisas al costado, y nos trasladamos al derecho civil.

Tenemos dos situaciones de lo más similares en las que el derecho civil, el legislador ha querido brindar una solución cuando los hechos y cuando las operaciones y cuando la argumentación no da luces suficientes para tomar una decisión.

Y me refiero a dos casos, en particular. En un caso, es cómo establecer la cuantía del daño cuando se está litigando sobre daños. Ustedes saben perfectamente que, en materia de derecho de daños, uno de los requisitos que debe demostrarse para que la víctima de un incumplimiento contractual tenga derecho a una indemnización, es que tiene que probar la existencia de un daño, en una relación de causalidad entre la inexecución de una obligación contractual y el daño que está alegando que se ha producido y cuya indemnización pretende. Pues, se tiene que demostrar la existencia del daño, la relación de causalidad, pero la ley también le dice, y es obvio que tiene que ser así, tiene que demostrar la cuantía del daño. ¿Cuál ha sido tu daño? Dame un monto.

Entonces, el que va a un proceso arbitral o a un proceso judicial, pues tiene que demostrarle al juez o al árbitro, cuál es la cuantía de ese daño. La cuantía de ese daño dentro de los alcances del derecho peruano, si se trata de un arbitraje doméstico, en el que hay un artículo que va a decir, bueno, cuál es el alcance del derecho indemnizatorio al que puede aspirar la víctima de un daño.

El 1321 del Código Civil les dice, bueno, los daños que sean consecuencia inmediata y directa de la inexecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Y, además, si ha sido por dolo o por culpa inexcusable, se puede aspirar a una indemnización que comprenda también los daños que no eran previsibles cuando se contrajo la obligación.

Muy bien. Hasta ahí estamos bien.

Pero, qué pasa. Muchas veces ocurre que la cuantía del daño no puede establecerse de manera precisa. Hay una serie de circunstancias que impiden que uno pueda decir exactamente «mira, el daño son 34,231 dólares». No, no, no, no se puede. ¿Por qué? Porque hay una serie de situaciones en las que, en medio de la discusión, hay factores para calcular el daño que no permiten llegar a un monto exacto.

Esto es muy típico, además, en el daño moral. O sea, en el daño moral uno tiene que, pues, estimar cuál puede ser el valor del sufrimiento, no hay elementos de juicio que a uno le permitan llegar a esa cifra exacta en el daño moral.

Pero, de hecho, también ocurre con los daños materiales. Cuando se está reclamando lucro cesante. Una empresa que ha cesado, por ejemplo, ha tenido que cerrar por causa de un incumplimiento contractual, y la empresa está reclamando lucro cesante que consiste en los ingresos que esa

empresa iba a obtener en los siguientes diez años. Entonces, hay que especular sobre cuál podría ser el tipo de cambio en los siguientes diez años, cuál va a ser el crecimiento del país, cuál va a ser la tasa de riesgo-país, hay que especular sobre una serie de cosas y uno solamente tiene datos hacia atrás, pero no tiene datos hacia adelante. Hacia adelante hay que mirar como una suerte de bola mágica y empezar a ser, pues, pitoniso para saber, para poder determinar qué cosa podría venir hacia adelante.

Y sobre esa base, uno puede decir: «OK, si todas esas premisas se hubieran cumplido, probablemente, los ingresos de esta empresa hubieran sido tanto», y luego los traigo a valor presente. Y tengo también que aplicar una tasa de descuento a ese valor para traerlo a valor presente, y al final tengo un número que no es exacto, o sea, es producto de una serie de análisis, digamos, un poco etéreos, estimaciones, y al final, uno obtiene el número.

Pero, si uno va a atenerse a la regla de que solamente son indemnizables aquellos montos que puedan ser demostrados en su exacta cuantía, entonces, habría muchas reparaciones que no se pagarían, porque, resulta, en muchas ocasiones, imposible determinar ese monto.

Entonces, hay una solución en la ley. El artículo 1332 dice:

«Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valorización equitativa». Fíjense qué interesante. O sea, es un artículo que, básicamente, está diciendo «Oye, la víctima no se debe quedar sin indemnización. Si no se puede establecer el monto preciso, le damos la atribución al juez, y, por lo tanto, por extensión al árbitro, para que establezca el monto con valorización equitativa»

Muy bien. Hasta ahí estamos excelentes. Yo escuché hace unos más de buenos meses, una charla que daba nuestro común amigo Leysser sobre este artículo, y él explicaba el origen de este artículo es el derecho italiano, pero acá se le ha dado alcances más amplios porque en el derecho italiano, básicamente, tiene alcances para los daños morales, y acá se le da un alcance mucho más amplio, con el cual yo estoy de acuerdo, dicho sea de paso, que se pueda siempre establecer con valorización equitativa, la cuantía de los daños cuando no pueden ser establecidas en su monto exacto.

Muy bien, pero, vamos a ponernos ahora, por un momento, en la situación del árbitro. El árbitro dice: «Bueno, no se puede. No se puede establecer el monto exacto. Nadie puede porque humanamente nadie puede, entonces, el árbitro resuelve con valorización equitativa que el daño es tanto».

Muy bien, la parte perdedora lleva el laudo al Poder Judicial, el Poder Judicial lo anula. Y lo anula porque no está sustentado la valorización equitativa. Es decir, porque no está el sustento matemático que demuestre que ese monto que ha establecido el tribunal arbitral es verdaderamente el monto, pero es que, justamente, no se puede, pues. Por eso es que el artículo ha establecido valorización equitativa, porque está buscando el criterio de equidad del árbitro. No arbitrariedad, pero está buscando el criterio de equidad para que el árbitro, dentro de los elementos que razonablemente se han ventilado en un proceso, establezca un monto. Y lo que quiere la ley es que ese monto se establezca. Es decir, que la víctima de un daño no se quede sin indemnización cuando está probado que hay daño, pero no se ha establecido la cuantía.

Entonces, ahí tenemos un problema con el estándar de motivación porque, precisamente, esta norma lo que está es... estableciendo una... está liberando el estándar de motivación que sería exigible en otras circunstancias, porque lo que está es recurriendo un criterio de equidad. Y ojo que este es un arbitraje de derecho, pero donde está jugando una norma que está apelando al criterio de equidad del árbitro. Y, entonces, viene la pregunta: ¿cuál debe ser el criterio o cómo debe sustentar el árbitro su criterio de equidad, para que ese laudo no sea anulado cuando llegue al Poder Judicial, y el juez, el vocal analiza el laudo, pero lo analiza dentro del estándar de los laudos normales? Donde no se ha usado una valorización equitativa, sino se ha usado estrictamente las pruebas que han sido actuadas para poder llegar a un monto exacto. Ahí tenemos un problema.

Hay un segundo problema también. Digamos que hay varios, pero yo he identificado dos para esta charla. El segundo es la reducción de la penalidad también por criterio de equidad. ¿Qué pasa?

La penalidad, como todos saben, en el derecho civil, es una forma en la que las partes pueden anticipar el monto de los daños y establecer que, si se produce un determinado incumplimiento, entonces, la parte responsable de ese incumplimiento tendrá que pagar lo que el contrato ya ha anticipado que debe ser el monto indemnizatorio.

Las partes han dicho: «Bueno, si tú haces tal cosa, la indemnización va a ser tanto».

Ok, si hace tal cosa, pues, tendrá que pagar la penalidad estipulada, pero también sabemos que en el derecho peruano, el sistema resarcitorio no es punitivo, es resarcitorio; el sistema de indemnización es resarcitorio. Es decir, la indemnización persigue restablecer, digamos, la situación que tenía el agraviado con un incumplimiento que tenía antes del incumplimiento, hasta donde sea posible y dentro de los límites de la ley, desde luego.

Pero, entonces, lo que no persigue el sistema resarcitorio es enriquecer a la víctima, sino devolver lo que perdió, básicamente.

Entonces, si la penalidad, de pronto, excede el monto del daño, el verdadero daño, pues, está en diez y la penalidad está en quince. Entonces, resulta que por efecto del uso de esta institución, la víctima de un incumplimiento puede terminar enriqueciéndose a costa de un incumplimiento, y la idea no es esa.

Entonces, el derecho le permite a quien tenga que pagar esa indemnización, esa penalidad, le permite pedir una reducción de penalidad. Puede decir: «Oye, al final yo he cumplido. Aparte de este contrato no he incumplido todo, solamente una parte, o claramente se aprecia que el monto de la penalidad está excediendo demasiado tus verdaderos daños. Te estás enriqueciendo, pero voy a pedirle al juez que la reduzca».

Y el juez puede reducirla, es una situación excepcional en la que el juez puede modificar, cambiar el alcance del acuerdo de voluntades. ¿Por qué? Porque hay un bien jurídico tutelado que es superior, que es no te enriquezcas a costa de la indemnización.

Muy bien. Pero, para reducir la penalidad, vamos a tener nuevamente que recurrir al criterio de equidad, porque es muy probable que no haya pruebas suficientes en el expediente sobre cuál es el verdadero daño. Es más, la penalidad, la existencia de la penalidad, libera a la víctima de tener que probar el daño. Para eso tiene la penalidad, para no tener que afrontar la carga de la prueba sobre el daño.

Entonces, quien pide la reducción de la penalidad, tiene la carga de probar que la penalidad es excesiva, pero no tiene los elementos de juicio para demostrar que es excesiva porque quien ha sufrido el daño es el otro.

Entonces, ahí es donde el derecho entra en acción y le dice al juez, le dice al árbitro: «Oye, aplica tu criterio de equidad y reduce equitativamente».

Pero ahí nuevamente tenemos el problema. Si el árbitro o el juez aplican el criterio de equidad, entonces, no va a tener cómo sustentar el monto exacto porque está interfiriendo, está interviniendo su criterio de equidad. Si vamos con el estándar usual al Poder Judicial y le decimos: «Acá se ha aplicado el criterio de equidad», probablemente, la Corte Superior anula y dice: «No, pues, es que ahí no está sustentado cómo has llegado a ese número».

Y, de hecho, hay casos. No sé si el tiempo dé, quizás no, pero hay casos en los que esto ha ocurrido. Yo tengo un caso que, además, me impactó muchísimo porque era, precisamente, un caso

en el que se había reducido la penalidad porque era manifiestamente excesiva, pero el Poder Judicial la anuló, y anuló porque en el laudo no se había explicado. Se había explicado que era manifiestamente excesiva y había que reducirla, pero no había explicado cómo habían llegado a una reducción del 75%. Entonces, como no se explicó, lo anuló.

Y, entonces, qué pasó. El tribunal recibió el caso, tuvo que laudar nuevamente y tuvo que inventarse, pues, algunos argumentos para que aparezcan ahí escritos, por lo menos, pero no había forma de sustentarlo. Simplemente, se generó una apariencia de motivación, pero en la práctica, lo que estaban era ratificando su criterio de equidad.

Y, entonces, cuando regresó el laudo nuevamente al Poder Judicial ya no anularon.

Pero, el problema está allí, subsiste, que es ¿cuál es el estándar de motivación que se debe cumplir o que se debe exigir cuando se producen decisiones de equidad en arbitrajes de derecho, el estándar, digamos, que está ya estandarizado en el Poder Judicial, no está sirviendo correctamente a la aplicación de estos preceptos, y, en cierta forma, les está negando el alcance de equidad que estos artículos le otorgan al juez.

Ahora, por cierto, esta es una exposición que tiene mucho sesgo del lado arbitral. O sea, si yo soy árbitro, yo voy a querer proteger mi lado de equidad para que no me anulen el laudo.

Pero qué pasa cuando yo soy el abogado. Si yo soy el abogado y el árbitro defiende el criterio de equidad, me pone una cifra absurda, obviamente, voy a decir: «Dios mío, o sea, qué locura es esta». Le han dicho que actúe con criterio de equidad, no que sea arbitrario. Y, entonces, algún límite tiene que existir. Y ese límite ciertamente es exigible. Lo que digo y sostengo es que no se puede exigir el mismo estándar a este tipo de decisiones que se aplica en términos generales, pero sí tiene que haber cierta motivación. Ciertamente tiene que haber algo de rango, tiene que haber razonabilidad en la decisión, porque sino nos vamos a enfrentar y todos conocemos algunos casos absurdos, unas locuras en donde se han establecido montos absurdamente altos, aplicando, supuestamente, criterios de equidad cuando no existía ninguna base. Eso también es inaceptable. Entonces, hay que tener cuidado con eso.

Termino mi exposición, simplemente, dejando el tema sobre la mesa. Yo creo que hay que desarrollar, digamos, una jurisprudencia que se ocupe un poco más de este tipo de situaciones. De hecho, he tenido de las dos, en mi experiencia arbitral, y tengo una más porque también existe el criterio equitativo en el *arbitrum boni viri*, que es cuando dos partes contratantes no han resuelto sobre un aspecto del contrato que es esencial, y le encargan a un tercero que lo resuelva. O sea, yo te quiero vender mi carro, tú me quieres comprar mi carro, pero no estamos de acuerdo con el precio.

«Bueno, vamos, pues, donde el doctor Gonzalo García-Calderón, y vamos a pedirle que él ponga el precio». Y el doctor Gonzalo García-Calderón puede poner, en el rango, el carro, pues, puede valer, US\$ 5000, US\$ 6000, pero, de repente, se le ocurre decir US\$ 50 000.

Y la pregunta es ¿tenemos que pagar los US\$ 50 000? O sea, hay un artículo en el Código Civil que establece que cuando uno no ha querido someterse a la decisión arbitraria del tercero; entonces, tiene que actuar razonadamente, hay que actuar con criterio de equidad.

Ahí también hay un criterio de equidad y ese criterio de equidad también puede ser materia de discusión en un arbitraje.

Entonces, la equidad está presente en el derecho civil, y lo que debemos tener es, digamos, no la maña, no la astucia, pero sí el criterio de poder producir decisiones justas dentro del margen de discrecionalidad que nos está dando la ley, sin que estos casos se tengan que caer en el Poder Judicial, por una supuesta falta de motivación que, en realidad, no es tal, sino no es otra cosa que el mero ejercicio de una atribución que le está dando la ley al árbitro y al juez.

Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón Moreyra: No, muchas gracias a ti, Enrique.

Hemos escuchado ponencias sobre temas interesantes, provocadores, inteligentes, con personas dedicadas al mundo académico y al mundo profesional, que conocen su oficio, y que conocen, evidentemente, el arte de la palabra. Creo que ha sido un panel extraordinario, y hay sí algunas preguntas del público que les pediría a los panelistas si pueden contestarlas directamente del chat.

Por parte mía, agradecerles nuevamente a los organizadores y haber tenido el gusto de estas con ustedes.

Muchísimas gracias, buenas noches.

Alonso Cassalli: Muchas gracias al doctor García-Calderón, muchas gracias a los panelistas.

Finalmente, le cedemos el uso de la palabra a la doctora Silvia Rodríguez Vásquez, secretaria general de arbitraje, conciliación y *dispute boards* del CARC, quien será la encargada de dar las palabras finales del presente congreso.

Silvia Rodríguez Vásquez: Muchísimas gracias.

Muy agradecida con las mesas del día de hoy, extraordinarias exposiciones. No quiero hacer un resumen porque estoy segura de que me faltaría el tiempo. Los temas han sido muy interesantes; y, sobre todo, muy necesarios para todo esto que es el arbitraje, lo que es la mediación comercial, lo que es la JRD.

De todas maneras, me entusiasma mucho y voy a repetir lo que pensaba el día de hoy sobre algunas cosas de lo que es el arbitraje. Este tema que va variando y que va cambiando, cómo nosotros, dentro de lo que es el arbitraje en contratación pública; hemos ido cambiado el sentido de lo que es el arbitraje, y ahora el tema de estas crisis que pueden venir para el crecimiento, obviamente.

Muchísimas gracias al panel civil que siempre nos hace saber más sobre, como yo le llamo, la parte dura de lo que es el arbitraje, muy interesante para estos tiempos también.

Especialmente, también quiero hacer referencia a lo que es la JRD. Me pareció muy impresionante el testimonio de una abogada de la entidad que señaló que la población de Pucallpa había recibido el muelle de la Laguna Yarinacocha con mucha alegría y se había evitado un conflicto social.

Yo creo que eso, en realidad, a todos los que estamos, tanto en arbitraje, como en conciliación, como en JRD, nos debemos felicitar porque quiere decir que estos mecanismos que se han introducido en nuestro país están funcionando.

Si la JRD está funcionando desde ya, también que el arbitraje lo va a hacer buenísimo el tema de lo que es el arbitraje en derechos humanos, en temas de cambio climático.

Creo que podríamos darle también la bienvenida a la mediación comercial. Ojalá, como dijo el doctor Guzmán-Barrón, se pueda dar y el próximo año también ya veamos este tipo de casos.

Solamente me queda agradecerles a los ponentes, los que están aquí, por supuesto, y todos los que nos acompañaron en estos tres días, a los moderadores, obviamente, al equipo de arbitraje del centro, obviamente, la directora del centro, al equipo de capacitación del centro, muchísimas gracias; a la comisión que se encargó de ayudarnos a organizar este evento; y, obviamente, a nuestra oficina de evento de la Universidad Católica, y quiero hacer una mención muy especial al presidente de nuestra

Corte de Arbitraje, al doctora Alfonso de los Heros, que desde el año 2001 nos acompaña; y, realmente, le agradecemos muchísimo su compañía, y creo que si estuviéramos en el auditorio de derecho, le daríamos un fuerte aplauso por todos estos años que nos viene acompañando.

Por supuesto, agradecerles a ustedes por confiar año a año en nosotros, asistiendo a nuestro congreso, asistiendo a nuestros cursos, que se basan en todas las experiencias que tenemos.

Muchísimas gracias, y Dios mediante, nos vemos en la XVI versión, el próximo año.

Gracias.

